

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JULIANO RUI MUGGIATI

CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DO DANO MORAL E SUA INDENIZAÇÃO

CURITIBA

2011

JULIANO RUI MUGGIATI

CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DO DANO MORAL E SUA INDENIZAÇÃO

Monografia apresentada junto ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Paraná
como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski.

CURITIBA

2011

RESUMO

O objeto do presente trabalho consiste na verificação dos critérios utilizados para avaliar o dano moral e arbitrar sua indenização. Dano moral pode ser conceituado como a injusta violação de direitos de personalidade da vítima, geralmente causando reações emocionais negativas, como vergonha, tristeza, revolta, constrangimento etc. Uma vez que o dano moral é de natureza essencialmente subjetiva, há considerável dificuldade prática em definir o *quantum* indenizatório. Além disso, o legislador não estabeleceu parâmetros para arbitrar a indenização, tornando ainda mais complexa esta tarefa. Nesse contexto, o presente trabalho procurou identificar e esclarecer os principais critérios desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência para arbitrar a indenização do dano moral. Diante da impossibilidade de restabelecer o *status quo ante*, a reparação do dano moral visa compensar a vítima pelo sofrimento que experimentou e, ao mesmo tempo, punir o ofensor, desestimulando a prática de atos semelhantes. Fixadas estas premissas, os critérios para arbitramento da indenização do dano moral são: o prudente arbítrio do juiz, que deverá conduzir o julgamento com bom senso e razoabilidade; precedentes judiciais consolidados, critério que remete o magistrado a valores pecuniários e ainda contribui para harmonização da jurisprudência. Mais específicos que os anteriores, temos ainda como critérios: gravidade objetiva do dano moral; condições pessoais da vítima; reprovabilidade da conduta do ofensor; condição econômica do ofensor; necessidade de impedir que o ofensor lucre com o ato ilícito.

Palavras-chave: Dano moral. Critérios. Indenização. Arbitramento.

ABSTRACT

The subject of this research is the set of criteria used to measure moral damages and arbitrate the indemnity. Moral injury can be conceptualized as an unjust violation of the victim personal rights, often causing negative emotional reactions such as shame, sadness, anger, embarrassment, etc. The moral damage is essentially subjective. Therefore, there is considerable practical difficulty defining the quantum indemnity. In addition, the law doesn't indicate parameters for arbitrating compensation, making this task even more complex. In this context, this paper aims to identify and clarify the main criteria developed by doctrine and jurisprudence to arbitrate the reparation for moral damages. Compensation for moral damages does not intend to restore the status quo ante, but only compensate the victim for the experienced suffering and at the same time, punish the offender, discouraging the practice of similar acts. Established these premises, the criteria for arbitration of compensation for moral damages are: the prudent discretion of the judge, who should conduct the trial with good sense and reasonableness; judicial precedents consolidated, contributing to the harmonization of jurisprudence. More specific than previous ones, we still have the following criteria: moral damages severity; victim personal circumstances, social reprobation of the offender's conduct, the offender's economic status, need to avoid that the offender get profit from the wrongful act.

Keywords: Moral injury. Criteria. Indemnification. Arbitration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	2
2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE	2
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL	3
2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E ATO ILÍCITO.....	4
2.3.1 Da culpa	5
2.3.2 Da imputabilidade.....	7
2.3.3 Do dano.....	8
2.3.4 Do nexo de causalidade	9
2.4 DAS CAUSAS QUE AFASTAM A RESPONSABILIDADE	11
2.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA	13
2.6 RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO.....	14
2.7 RESPONSABILIDADE PELO FATO DAS COISAS	16
2.8 SÍNTESE CONCLUSIVA DO PRIMEIRO CAPÍTULO	17
3 DANO MORAL	19
3.1 HISTÓRICO	20
3.2 DANO MORAL NO DIREITO COMPARADO	22
3.3 DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO	24
3.4 DANO MORAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	25
3.5 CONCEITO DE DANO MORAL.....	28
3.6 DANO MORAL: QUESTÕES DIVERSAS	30
3.7 PROVA DO DANO MORAL	32
3.8 DA FUNÇÃO COMPENSATÓRIA DA INDENIZAÇÃO.....	33
3.9 DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO	35
4 CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO DO DANO MORAL	39
4.1 PRUDENTE ARBITRIO DO JUIZ E FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA.....	40
4.2 PRECEDENTES JUDICIAIS CONSOLIDADOS	42
4.3 CRITÉRIOS ESPECÍFICOS	43
4.3.1 Gravidade objetiva do dano.....	44
4.3.2 Condições pessoais da vítima	46
4.3.3 Condição econômica da vítima	48
4.3.4 Reprovabilidade da conduta.....	50
4.3.5 Condição econômica do ofensor	51
4.3.6 Lucro do ofensor.....	53
5 CONCLUSÃO	56

1 INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, o dano moral tornou-se um tema de grande relevância prática. Com a consagração do princípio da dignidade humana e dos direitos de personalidade, a Lei Maior colocou o indivíduo acima de quaisquer interesses econômicos ou políticos, não admitindo violação de sua dignidade. Neste sentido, o legislador constituinte também garantiu expressamente a reparação do dano moral, sempre que a pessoa sofrer violação de seus direitos de personalidade.

O Código Civil de 2002 previu a reparação do dano moral, contudo, não estabeleceu critérios para sua avaliação e o arbitramento da indenização. Por isso, existe grande dificuldade prática em se determinar uma indenização adequada. Ainda que se possa verificar a gravidade de uma ofensa, de um sofrimento psicológico, tal avaliação não nos remete a um valor pecuniário, de modo que a indenização propriamente dita continua indefinida. Diante da omissão do legislador, coube à doutrina e jurisprudência a tarefa de desenvolver critérios que orientem o magistrado no arbitramento do dano moral. No entanto, trata-se de um trabalho em construção, havendo diversas dúvidas e controvérsias ainda não solucionadas.

Em razão da relevância prática do tema, nos propomos a realizar um estudo sobre os critérios que devem orientar a avaliação do dano moral e arbitramento da indenização. Não havendo método objetivo para definir um valor em dinheiro correspondente a uma ofensa moral, procuramos compreender o caminho a ser seguido pelo magistrado para determinar o *quantum* indenizatório, de maneira a evitar que a decisão seja arbitrária e injusta.

A apresentação do trabalho se divide em três capítulos principais: inicialmente, estudamos a responsabilidade civil, instituto jurídico através do qual ocorre a reparação do dano moral. No capítulo seguinte, examinamos o conceito de dano moral, sua evolução histórica e as funções que exerce a indenização. Estabelecidas estas premissas, no último capítulo estudamos os critérios para avaliar o dano moral e arbitrar sua indenização. Após este capítulo, expusemos as principais conclusões de nossa pesquisa.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente trabalho não tem a pretensão de realizar uma análise profunda e completa a respeito da responsabilidade civil. No entanto, é preciso desenvolver algumas noções essenciais do tema, uma vez que é no campo da responsabilidade civil que se insere o dano moral e sua reparação. Assim, neste capítulo, examinaremos aspectos elementares da responsabilidade civil, desenvolvendo base teórica para, nos capítulos seguintes, estudar de maneira mais profunda o dano moral, sua reparação e os critérios utilizados no arbitramento da indenização.

2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE

Marton define responsabilidade como a situação na qual a pessoa que viola uma norma fica sujeita às consequências desagradáveis dessa violação, através de medidas impostas pela autoridade competente.¹

José de Aguiar Dias ensina que a responsabilidade pode ser moral ou jurídica. Na responsabilidade moral, o homem responde perante sua própria consciência, avaliando suas ações a partir de uma crença pessoal sobre o que é certo ou errado. Na responsabilidade jurídica, o sujeito é chamado a responder por seus atos perante os outros.²

Através da responsabilidade jurídica, o Estado determina em que situações e de que maneira a pessoa responderá por seus atos perante a sociedade. No âmbito da responsabilidade jurídica, depara-se com a responsabilidade civil, penal e administrativa. No presente trabalho, interessa-nos a responsabilidade civil. Porém, ainda assim é importante estabelecer distinções básicas entre responsabilidade civil e penal.

¹ MARTON (*apud*: DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. p. 5).

² DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. p. 7.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

A responsabilidade civil visa restabelecer um equilíbrio patrimonial violado. O agente é chamado a reparar um dano, seja porque o causou, ou, em casos especiais, por determinação legal. Para que a vida social seja possível, deve imperar a norma geral de que aquele que causar dano a alguém fica obrigado a repará-lo. Assim, através da responsabilidade civil, o Estado impõe ao indivíduo o dever de ressarcir a vítima do prejuízo que lhe causou.

Na responsabilidade penal, o agente responde por condutas consideradas mais graves e definidas legalmente como crimes. A principal finalidade da responsabilidade penal não é a reparação do dano, mas sim defender a sociedade de infrações de gravidade mais acentuada, que em tese afrontam não apenas o interesse particular da vítima, mas da sociedade como um todo. Então, aplica-se uma pena pessoal ao infrator, para reprimir a conduta e garantir a ordem social.

Por implicar consequências mais gravosas para o ofensor, a responsabilidade penal é subsidiária em relação à civil. Quando a violação da norma jurídica não tem efeitos mais sérios para a sociedade, aplica-se apenas a sanção civil, que pode ser a reparação do dano, a nulidade do ato, a execução forçada, etc. A pena pessoal é aplicada somente naqueles ilícitos mais graves, em que é necessário punir o infrator de maneira mais rigorosa para garantir a ordem social.³ Além disso, na responsabilidade penal, prevalece o princípio da legalidade da pena, pelo qual uma conduta só pode ser considerada como crime se houver lei anterior definindo-a como tal.

José de Aguiar Dias observa que, ainda que haja diferenças relevantes entre responsabilidade civil e penal, o fundamento destes ramos do Direito é quase o mesmo: a transgressão de uma norma jurídica. Em ambos os casos, há um interesse social relevante. Contudo, na responsabilidade civil, cabe à vítima a iniciativa para buscar a reparação do prejuízo. Só então o Estado tem legitimidade para intervir, obrigando o causador do dano a ressarcir a vítima. Diferentemente, na

³ WALLER, V. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. p. 17.

responsabilidade penal, o Estado, na maioria das vezes, interfere automaticamente, uma vez que neste caso predomina o interesse social de reprimir crimes.⁴

Em relação ao tema deste trabalho, tem especial importância a responsabilidade civil, uma vez que é o instituto jurídico pelo qual se realiza a reparação do dano moral. Maria Helena Diniz conceitua responsabilidade civil como sendo

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁵

Do conceito citado, percebe-se que a responsabilidade civil surge não apenas quando o agente causa um dano diretamente, mas também de diversas outras maneiras. Nos tópicos seguintes serão abordadas estas questões, bem como outros temas importantes relativos à responsabilidade civil.

2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E ATO ILÍCITO

Começaremos nosso estudo pela espécie mais comum e abrangente de responsabilidade civil. Pode-se dizer que, na maioria dos casos, o agente tem o dever de reparar um dano apenas se o tiver causado com intenção ou culpa. Esta é a chamada **responsabilidade subjetiva** e tem como fundamentos o ato ilícito e a culpa do agente pelo dano.

Os fundamentos legais da responsabilidade subjetiva são os artigos 186 e 927 do Código Civil. De acordo com o art. 186, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Rui Stocco esclarece que o conceito de ato ilícito não está vinculado à ocorrência de um dano. Para o autor, a simples violação de uma norma jurídica já caracteriza ato ilícito, independente de acarretar ou não em prejuízo. Assim, o art. 927 estabelece que “Aquele que, por ato ilícito

⁴ DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. p. 11, 12.

⁵ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. p. 35.

(arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Desse modo, a responsabilidade civil surge do binômio **ato ilícito + dano**. Em outras palavras, o ato ilícito que não causa dano não gera responsabilidade civil.⁶ Para exemplificar, podemos afirmar que adentrar em propriedade alheia sem autorização constitui ato ilícito. No entanto, haverá responsabilidade civil somente se esta violação de direito causar algum tipo de dano.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que os elementos necessários para incidência da responsabilidade civil subjetiva são a culpa, o dano e nexo de causalidade entre a culpa e o dano.⁷ Nos tópicos seguintes, passamos ao estudo desses elementos. Examinaremos também o conceito de imputabilidade, que é elemento constitutivo da culpa.

2.3.1 Da culpa

Na responsabilidade subjetiva, a culpa é um elemento essencial para que se possa responsabilizar o causador do dano. Sem culpa, não há ato ilícito, de modo que, em princípio, o agente não responde pelo prejuízo. A culpa em sentido amplo abrange o dolo e a culpa em sentido estrito. O dolo é a intenção direta de causar o resultado. A culpa em sentido estrito ocorre quando o agente pratica um ato sem o devido cuidado, causando um dano que não era desejado, mas previsível.⁸

Há três tipos de culpa em sentido estrito: negligência, imprudência e imperícia. Negligência é a falta de atenção e do cuidado que razoavelmente se espera. Ao agir com negligência, o agente, por falta de atenção, não percebe que o dano pode acontecer, ou prevê essa possibilidade, mas a subestima, deixando de tomar os devidos cuidados.⁹ Por exemplo, age com negligência o motorista distraído que deixa de olhar o retrovisor antes de mudar de pista.

⁶ STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. p. 124.

⁷ PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. p. 35.

⁸ DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. p. 149.

⁹ DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. p. 150.

Imprudência é o agir precipitado, sem prever os riscos que a ação pode acarretar. É uma conduta positiva, ao contrário da negligência, que é negativa.¹⁰ Por exemplo, comete imprudência a pessoa que dirige *jet-ski* em praia habitada, entre os banhistas.

Imperícia é a falta de habilidade que se espera da pessoa em certas ocasiões. Sílvia de Salvo Venosa explica que a imperícia se relaciona principalmente com aqueles casos em que se espera certa habilidade de uma pessoa profissional ou especializada em algo.¹¹ Por exemplo, comete imperícia o médico que erra no diagnóstico e submete o paciente a uma cirurgia desnecessária; ou o engenheiro que, por um erro de cálculo, prejudica toda a obra; ou o advogado que redige petição inicial inepta, e assim por diante.

A doutrina diferencia a culpa, de acordo com sua intensidade, em grave, leve e levíssima. Na culpa grave, comete-se erro grosseiro, de modo que a falha se mostra imperdoável. Por exemplo, age com culpa grave o motorista que avança sinal vermelho em alta velocidade. A culpa é leve quando se comete um descuido mais simples, em que a conduta em si não seria tão reprovável, mas ainda assim acarreta em riscos previsíveis, como no caso do motorista que dirige falando ao telefone celular. Na culpa levíssima, o risco é mais difícil de prever; o agente comete falha mínima em relação ao procedimento comum, que normalmente passaria despercebida se não fosse pela ocorrência de um dano.¹² Todavia, apesar desta tradicional diferenciação, em princípio a reparação civil se faz na exata medida do dano (art. 944, Código Civil), sendo indiferente o infrator ter agido com dolo intenso ou culpa levíssima. Apenas em alguns casos de responsabilidade civil será importante avaliar a gravidade da conduta do infrator. Em seu parágrafo único, o art. 944 estabelece que “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Ademais, **a jurisprudência considera a intensidade da culpa do ofensor como um critério relevante para arbitrar a indenização por dano moral**. Nessas situações, a gradação da culpa na conduta do agente ganha relevância.

¹⁰ PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. p. 70.

¹¹ VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 28.

¹² RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. p. 7.

2.3.2 Da imputabilidade

No tópico anterior, vimos que a culpa em sentido amplo é elemento essencial para a existência do ato ilícito. Contudo, antes de analisar a culpa, é preciso verificar se o agente tem capacidade de agir com vontade livre e consciente. Caso contrário, se a pessoa não tem consciência dos atos que pratica, ou sofre coação moral irresistível, ela não responde pelos danos que causar, pois não há culpabilidade. A noção de imputabilidade diz respeito justamente a essa capacidade da pessoa de se orientar na escolha de suas ações, assumindo a responsabilidade pelas consequências de seus atos.¹³

Sílvio de Salvo Venosa afirma que “imputar é atribuir a alguém a responsabilidade por algum ato ou fato”.¹⁴ Assim, haverá imputabilidade quando o indivíduo é juridicamente responsável por seus atos, na medida em que possui capacidade de autodeterminar sua conduta. Se não há imputabilidade, também não há culpa, inexistindo o ato ilícito por faltar seus elementos subjetivos essenciais (item 2.3).

Em princípio, os portadores de enfermidade mental não respondem pelos danos que causam, uma vez que não possuem plena consciência dos atos que praticam. O Código Civil considerou os menores de 18 (dezoito) anos como relativamente incapazes; os menores de 16 (dezesesseis) anos, absolutamente incapazes. Estas e outras hipóteses de incapacidade absoluta e relativa estão previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil. Contudo, o fato de o causador do dano ser incapaz não implica que não haverá reparação. Como veremos adiante, os pais, o tutor ou curador respondem pelos danos causados pelos incapazes que estejam sob sua guarda. Ademais, o art. 928 estabelece:

O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

¹³ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** p. 45.

¹⁴ VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil.** p. 66.

Ainda que a pessoa inimputável não seja considerada culpada pelos danos que causa, o legislador optou pela responsabilidade subsidiária do incapaz, desde que não o prive do necessário. No entanto, são raras as situações práticas em que o responsável não tem obrigação de reparar o dano. Do mesmo modo, também é difícil a hipótese de que o responsável não tenha patrimônio e o incapaz sim, podendo responder sem ficar privado do necessário.¹⁵

2.3.3 Do dano

O dano possui importância central na teoria da responsabilidade civil, uma vez que esta somente surgirá com a ocorrência de algum tipo de prejuízo. Muitas vezes, a violação de uma norma jurídica não causa dano algum. Nestes casos, não há responsabilidade civil. Em outras palavras, o dano é um pressuposto para que alguém seja responsabilizado civilmente.

Sérgio Severo, a respeito do conceito jurídico de dano, sustenta que há duas teorias principais. Pela teoria da diferença, o dano jurídico seria aquele que causa diminuição no patrimônio econômico da vítima. Esta teoria apresenta defeitos graves, pois não é capaz de solucionar casos de lucros cessantes e danos extrapatrimoniais. Por isso, o autor considera mais adequada a teoria do interesse, pela qual dano é a violação um interesse juridicamente reconhecido, seja este interesse relativo a bens materiais ou morais.¹⁶ Nesse ponto de vista, é jurídico o interesse da pessoa de que seus bens não sejam danificados por terceiros (patrimônio material), bem como o interesse de ter sua honra devidamente respeitada (patrimônio moral). Também é jurídico, v.g., o interesse de receber os lucros atuais e futuros resultantes de um investimento.

O dano, para ser indenizável, deve ser certo. Não é indenizável o dano meramente eventual, de ocorrência duvidosa. O dano certo pode ser atual ou futuro. Atual é o dano que já ocorreu; futuro é aquele que ainda não se realizou, mas pelas circunstâncias é possível ter certeza que irá se concretizar, como no caso da vítima de lesão corporal que terá de arcar com despesas do hospital. Também será

¹⁵ VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 67.

¹⁶ SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. p. 7.

indenizável o dano por perda de chance, que ocorre quando a vítima perde algo que não era certo, mas havia fundada probabilidade de se concretizar. É o caso de um jogador de futebol que, no início da carreira, tem a perna amputada.¹⁷

Dano patrimonial é aquele que pode ser avaliado economicamente, sendo possível estabelecer um valor em dinheiro equivalente ao prejuízo. O *dano emergente* corresponde à diminuição patrimonial que sofreu a vítima, podendo ser verificado através de dados concretos. O *lucro cessante* refere-se ao que a vítima razoavelmente deixou de lucrar por conta do ato ilícito. Trata-se de uma estimativa das vantagens que normalmente a vítima receberia se não ocorresse o dano. Nem sempre é de fácil avaliação, por envolver valores e possibilidades futuras.¹⁸ O *dano moral* é aquele que atinge bens e interesses subjetivos da vítima, que não podem ser avaliados monetariamente, por estarem envolvidos com a esfera íntima de cada indivíduo. No capítulo 3, estudaremos mais profundamente o dano moral em seus diversos aspectos e particularidades.

Para que se possa exigir a reparação de um dano, o interesse perseguido deve ser próprio. Apenas a própria vítima tem legitimidade para buscar o ressarcimento do prejuízo que sofreu. Contudo, em alguns casos, pode haver dano reflexo ou “por ricochete”, que ocorre quando o dano causado a uma pessoa prejudica indiretamente outra, como no caso de morte de cônjuge, em que a viúva pode exigir reparação por danos materiais e morais, em razão da morte do marido. Percebe-se que, neste exemplo, o interesse é próprio, pois a indenização se refere a um prejuízo causado à própria viúva, e não ao falecido marido.¹⁹

2.3.4 Do nexo de causalidade

O nexo de causalidade é elemento essencial para surgir a responsabilidade civil. Arnaldo Rizzardo conceitua nexo de causalidade como “a relação verificada entre determinado fato, o prejuízo e o sujeito provocador”.²⁰ Assim, para que o

¹⁷ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 78-79.

¹⁸ VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 38.

¹⁹ PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. p. 43.

²⁰ RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. p. 71.

agente seja responsabilizado por um dano, deve estar comprovada a relação de causa e efeito entre sua conduta ilícita e a ocorrência do prejuízo. No caso concreto, porém, nem sempre o nexo de causalidade pode ser verificado com facilidade. Muitas vezes, o dano ocorre por um somatório de diversos fatores. Caio Mário da Silva Pereira, adotando a *teoria da causalidade adequada*, explica que em tais situações é preciso fazer um juízo de probabilidade, distinguindo circunstâncias neutras daquelas que são decisivas para causar o dano, constituindo o “centro do nexo de causalidade”.²¹

No que se refere a condutas omissivas, fala-se em nexo de causalidade quando o agente tem o dever jurídico de agir. Mesmo sem ter praticado atos que colaboraram na produção do resultado, considera-se que há nexo de causalidade quando o indivíduo se abstém no cumprimento de um dever, permitindo que o dano se concretize, como no caso da mãe que deixa de alimentar o filho recém nascido.

O *caso fortuito* e a *força maior* rompem o nexo de causalidade e, por isso, afastam a responsabilidade, conforme o art. 393 do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Na doutrina, há várias diferenciações entre caso fortuito e força maior. No entanto, essa distinção não é de relevância prática, já que os efeitos jurídicos são os mesmos. Em ambos os casos, a responsabilidade só será afastada se estiverem presentes dois elementos essenciais: a inevitabilidade do evento (por ser imprevisível ou impossível de conter) e a ausência de culpa do agente. Presentes estes dois elementos, afasta-se a responsabilidade, pois foi o evento inevitável que causou o dano, sem que o agente pudesse evitá-lo.²²

A *culpa exclusiva da vítima* é outra causa de exclusão do nexo de causalidade. Ocorre quando o dano é causado por negligência, imprudência ou imperícia da própria vítima, tendo o terceiro envolvido tomado as devidas precauções para evitar o dano. Como exemplo, pode-se imaginar o pedestre que

²¹ PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. p. 79.

²² RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. p. 91.

imprudently atravessa correndo uma rodovia movimentada de carros em alta velocidade. No caso de *culpa concorrente*, o prejuízo será distribuído de acordo com a parcela de culpa de cada um que concorreu para o dano, conforme o art. 945 do Código Civil. Na culpa concorrente, a vítima e o ofensor agem com negligência, imprudência ou imperícia, de modo que o dano é causado pela falha na conduta de ambos. Aguiar Dias, contudo, pondera que é preciso verificar qual das condutas culposas foi decisiva para a ocorrência do dano. “A culpa grave, necessária e suficiente para o dano, exclui a concorrência de culpas”. Assim, não se fala em culpa concorrente quando a imprudência de um dos agentes é consideravelmente mais grave do que a do outro, de modo que a culpa leve da vítima não teria, por si só, capacidade de gerar o dano.²³

O aparente causador do dano não é responsabilizado se o fato ocorreu por *culpa exclusiva de terceiro*. Neste caso, embora esteja envolvido no evento, não há nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano. Havendo concorrência de culpa na produção do evento danoso, todos respondem solidariamente, conforme o art. 942 do Código Civil. Portanto, para se eximir da responsabilidade, o agente tem de provar que tomou as devidas precauções, não havendo negligência, imprudência ou imperícia sua que tenha colaborado para o resultado lesivo.

2.4 DAS CAUSAS QUE AFASTAM A RESPONSABILIDADE

Vimos que quando um indivíduo, mediante ato ilícito, causa dano a outrem, surge para ele o dever de reparar o prejuízo. Porém, em algumas situações especiais, o Direito autoriza condutas potencialmente lesivas, como nos casos de legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal. Apesar de causarem eventuais prejuízos, essas ações não são contrárias ao ordenamento jurídico.

O art. 188 do Código Civil determina que não são ilícitos os atos praticados em legítima defesa e estado de necessidade. A *legítima defesa* consiste na utilização moderada de meios necessários para repelir uma agressão atual ou iminente a direito próprio ou alheio. Não há obrigação de reparar os danos causados

²³ DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. p. 946.

contra o ofensor, salvo se o agente se exceder na resposta, indo além do necessário para repelir a agressão. Se na legítima defesa for atingido bem de terceiro, o defensor deve reparar o dano, mas terá direito a ressarcimento contra o ofensor.²⁴

No *estado de necessidade*, a vítima se vê em uma situação de perigo iminente em que, para salvar um direito próprio, sacrifica um direito alheio. A conduta danosa praticada em estado de necessidade é autorizada pelo Direito, desde que seja necessária.²⁵ Por exemplo, uma pessoa poderá quebrar a janela da casa de um terceiro para escapar de um incêndio, não sendo esta ação antijurídica. Embora a conduta praticada em estado de necessidade não seja considerada ato ilícito, por força do art. 929 do Código Civil, permanece o dever de reparar o dano, a não ser que o dono da coisa tenha causado o perigo.

Em princípio, o agente não responde pelos danos causados em decorrência de *exercício regular de direito* (art. 188, I, Código Civil) ou *estrito cumprimento de dever legal*. Em alguns casos, o exercício de um direito pode ser contrário ao interesse de terceiros, causando-lhes prejuízo. Ainda assim, não há responsabilidade se o agente agiu de boa-fé, respeitando os limites de seu direito. Do mesmo modo, a pessoa que cumpre um dever imposto por lei também não responde por perdas e danos, pois tinha obrigação legal de praticar a conduta. Todavia, em ambos os casos, é preciso respeitar os limites do direito e do dever legal. O art. 186 do Código Civil estabelece que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. José de Aguiar Dias ensina que há abuso de direito quando o titular o exerce com a finalidade de prejudicar alguém, ou quando, ainda que não haja malícia, causa a terceiro um resultado desastroso que poderia ser evitado.²⁶

Em alguns casos especiais, o Direito admite que uma pessoa consinta em atos que podem lhe causar danos. Para exemplificar, podemos afirmar que a pessoa que pratica esportes violentos consente com os riscos considerados normais da atividade. Um paciente, devido a crenças religiosas, pode não aceitar uma transfusão de sangue, mesmo que isso lhe cause risco de vida. Existe também a

²⁴ RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. p. 82.

²⁵ PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. p. 297.

²⁶ DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. p. 688.

chamada Cirurgia de Redesignação Sexual (CRS), em que a aparência física e designações sexuais de uma pessoa são alteradas, mediante procedimento cirúrgico, para aquelas do sexo oposto. Em todos esses casos, a pessoa consente em atos que podem afetar sua integridade psicofísica. No entanto, a natureza dos bens jurídicos envolvidos faz com que este consentimento seja juridicamente aceitável, de modo que o terceiro que, nessas condições, pratica a conduta possivelmente danosa não será responsabilizado.

2.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Nos tópicos anteriores, estudamos a responsabilidade subjetiva. Vimos que, quando o agente, agindo dolosa ou culposamente, causa um dano, surge o dever de repará-lo. Embora seja uma descrição bastante genérica, esta não é a única hipótese de responsabilidade civil. Há também a chamada **responsabilidade objetiva**, em que o agente responde pelo dano *independente de haver dolo ou culpa em sua conduta*. A responsabilidade objetiva baseia-se na *teoria do risco*, pela qual quem exerce uma atividade que cria um risco anormal para os outros tem o dever de indenizar os danos resultantes dessa atividade, independente de dolo ou culpa. Esta teoria foi recepcionada de maneira genérica pelo Código Civil de 2002:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sílvio de Salvo Venosa explica que a responsabilidade sem culpa tem fundamento em um princípio de equidade, pelo qual “quem aufere os cômodos de uma situação também deve suportar os incômodos”.²⁷ Em casos de responsabilidade objetiva, não se verifica se o responsável tomou ou não as medidas necessárias para evitar o dano. Para que haja o dever de indenizar, a vítima deve apenas comprovar o dano e o nexo de causalidade com a atividade

²⁷ VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15.

normalmente desenvolvida pelo responsável. Porém, este não responde objetivamente por todo e qualquer dano relacionado ao seu empreendimento, mas apenas por aqueles decorrentes de uma atividade habitualmente desenvolvida e que naturalmente implique um risco aos outros.²⁸

O legislador definiu a responsabilidade objetiva em outros casos específicos. Como exemplo, pode-se citar o Código de Defesa do Consumidor (artigos 12 e 14), a legislação sobre o meio ambiente (Lei 6.938/81) e atividades nucleares (Lei 6.453/97), entre outras legislações. No que se refere à responsabilidade civil do Estado, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal determina que as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos causados por seus agentes agindo nessa qualidade. Romeu Felipe Bacellar ensina que, para justificar a responsabilidade objetiva do Estado, além da já mencionada teoria do risco, também é aplicável a teoria do acidente administrativo, pela qual a estrutura estatal tem o dever de eficiência, não se admitindo falhas em sua atuação que possam causar danos. Desse modo, a responsabilidade pode ser afastada apenas em casos de inexistência de nexo causal, culpa da vítima ou de terceiro, presença de caso fortuito ou força maior.²⁹

2.6 RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO

Em princípio, o indivíduo responde apenas pelo dano que ele mesmo causar. No entanto, Caio Mário da Silva Pereira observa que, se esta regra fosse absoluta, a vítima ficaria submetida a situações de injustiça. Em alguns casos, é necessário levar mais longe o nexo de causalidade, verificando se há vínculo jurídico que justifique atribuir a um terceiro a responsabilidade pelo fato de outrem.³⁰ Havendo determinado vínculo jurídico entre duas pessoas, é natural que uma delas responda pelos atos da outra, como no caso do pai em relação ao filho de pouca idade. Assim, admite-se que, nas hipóteses previstas em lei, uma pessoa responda pelos danos causados por terceiro. O art. 932 do Código Civil determina que:

²⁸ VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 13.

²⁹ BACELLAR FILHO, R. F. **Direito administrativo**. p. 135.

³⁰ PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. .

São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Esta é a chamada responsabilidade civil por ato de terceiro. Mesmo que o responsável não tenha culpa direta pelo dano, considera-se que houve culpa indireta, pela violação do dever de vigilância. Em outras palavras, o pai tem a obrigação de vigiar e impedir que o filho cause dano a outras pessoas. O mesmo vale para o empregador em relação ao empregado, e assim por diante. Na verdade, trata-se de mais um caso de responsabilidade objetiva, pois o responsável terá de ressarcir o dano “ainda que não haja culpa de sua parte” (art. 933, Código Civil). Portanto, não se indaga se o responsável agiu com dolo ou culpa ao exercer a vigilância. Ele responderá ainda que, no caso concreto, tenha tentado por todos os meios impedir o ato lesivo.³¹ Porém, o artigo 934 garante o direito de ação regressiva do responsável contra o causador do dano, salvo se este for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

É importante esclarecer que o terceiro indicado em lei só responderá quando for possível imputar responsabilidade também ao causador do dano. Por exemplo, o empregador responde objetivamente pelos danos causados por seu empregado, desde que este tenha cometido ato ilícito, respondendo subjetivamente. Quando o causador do dano for pessoa incapaz, não se discute culpa ou responsabilidade, pelo fato de o agente não ser imputável. Nesses casos, exige-se que a conduta seja contrária ao Direito, de tal modo que o causador do dano seria responsabilizado se tivesse capacidade plena. Assim, o terceiro não responde quando o incapaz age em legítima defesa, ou em outras situações que afastam a responsabilidade (item 2.4).³²

³¹ RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. p. 110.

³² VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 72.

Nos casos em que o causador do dano possui capacidade plena, a vítima não é obrigada a acionar o responsável indicado em lei. Trata-se de responsabilidade solidária entre o causador do dano e o terceiro responsável. Assim, se o empregado causa danos materiais a alguém, a vítima pode acionar tanto o próprio empregado como também o empregador para ressarcir-la, conforme lhe seja mais conveniente. Se o causador do dano for incapaz, o artigo 928 do Código Civil determina que este responde subsidiariamente, apenas quando o responsável não tiver obrigação ou condições de fazê-lo. Ainda assim, o parágrafo único do mesmo artigo determina que a indenização não privará o incapaz ou as pessoas que dele dependam do mínimo necessário, limitando a responsabilidade subsidiária.

2.7 RESPONSABILIDADE PELO FATO DAS COISAS

Muitas vezes, objetos e animais possuem um potencial lesivo para as pessoas. Um vaso colocado junto à janela de um apartamento pode despencar e machucar alguém. Do mesmo modo, um cão doméstico pode morder e ferir uma pessoa. Percebe-se que ser proprietário de coisas e animais implica em um dever de impedir que estes bens causem danos a terceiros.

O art. 936 do Código Civil estabelece que “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. Trata-se de responsabilidade objetiva. Para a vítima ser ressarcida, basta comprovar que o dano foi causado pelo animal, independente da haver ou não culpa de seu dono ou detentor. Haverá responsabilidade ainda que este tome as medidas necessárias para impedi-lo. As únicas causas que afastam a responsabilidade são a culpa da vítima e força maior. Haveria culpa da vítima, por exemplo, nos casos em que ela imprudentemente provoca o animal.

No que se refere a danos causados por bens inanimados, o Código Civil não estabeleceu a responsabilidade objetiva de maneira genérica. Há apenas algumas previsões específicas, como no caso de objetos que caem de prédios (art. 938). No entanto, Sílvio de Salvo Venosa explica que, na jurisprudência, atualmente prevalece o entendimento de que o dono ou possuidor da coisa responde objetivamente pelos danos que ela causar. Este entendimento teria como fundamento a responsabilidade presumida do guardião do bem, que tem o dever de

vigilância. Ademais, fala-se também na teoria do risco, no sentido de que quem tira proveito de um bem assume os riscos pela sua posse ou propriedade.³³ Arnaldo Rizzardo, neste sentido, afirma que “Todo aquele que dispõe de um bem deve suportar o risco decorrente, a que se expõem os estranhos. Com maior razão, quando o bem é instrumento que oferece perigo”.³⁴ Em todo caso, sendo a responsabilidade objetiva, será afastada apenas em casos de culpa da vítima e força maior.

2.8 SÍNTESE CONCLUSIVA DO PRIMEIRO CAPÍTULO

Neste breve estudo acerca da responsabilidade civil, estudamos as hipóteses em que surge para o agente o dever de reparar o dano, seja material ou moral. A **responsabilidade subjetiva** surge quando o indivíduo, agindo com dolo ou culpa, causa dano a outrem, ficando obrigado a repará-lo (item 2.3). A lei estabelece ainda hipóteses genéricas e específicas de **responsabilidade objetiva**, em que o agente responde pelo dano independente de dolo ou culpa em sua conduta (item 2.5). Vimos também que, em alguns casos especiais previstos em lei, uma pessoa responde pelo dano causado por outra (item 2.6). Além disso, o proprietário de bens ou animais responde objetivamente pelos danos por estes causados (item 2.7).

No tópico 2.3.3, vimos que, além dos interesses materiais, **os interesses subjetivos do indivíduo também são tutelados juridicamente**, devendo ser reparados quando forem violados, seja a responsabilidade subjetiva ou objetiva. Qualquer conduta, comissiva ou omissiva, em certo contexto, pode causar dano moral. O dano moral pode ser causado por indivíduo, por pessoa jurídica, pelo Estado, ou até por eventos da natureza, em hipóteses de responsabilidade objetiva. A pessoa pode ser responsabilizada por dano moral causado por terceiro a ele vinculado, por animais ou coisas de sua propriedade. Porém, existem situações em que, mesmo tendo cometido o dano, o agente não tem o dever de repará-lo (item 2.4), como nos casos de legítima defesa e exercício regular de direito.³⁵

³³ VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 106.

³⁴ RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. p. 30.

³⁵ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. p. 121-126.

Neste primeiro capítulo, procuramos desenvolver uma noção geral de responsabilidade civil, pois é através deste instituto jurídico que ocorre a reparação do dano moral. Cumprida esta primeira etapa, passaremos agora ao estudo do dano moral, sua evolução histórica, conceito e fundamentos em nosso ordenamento jurídico.

3 DANO MORAL

O dever de reparar o dano é mais facilmente percebido quando o prejuízo é material. Nessas situações, normalmente o dano é visível e imediato, podendo muitas vezes ser calculado em um valor exato. Porém, existem também danos de grande relevância que não causam diminuição no patrimônio financeiro da vítima. Por exemplo, quando a pessoa sofre mutilação de uma mão, é evidente que sofreu um dano de valor inestimável. Neste caso, o prejuízo não é apenas material, decorrente da diminuição da capacidade para o trabalho. Muito mais grave é a lesão produzida no *psique* da vítima, em razão da perda irreversível de uma parte de seu corpo. Contudo, desde logo destacamos que o dano moral não se restringe apenas a casos em que a vítima sofre dor ou lesões físicas. Nehemias Domingos de Melo explica que “tudo aquilo que molesta a alma humana e fere valores inerentes à personalidade qualifica-se, via de regra, como dano moral”.³⁶ Nesta seara, tem especial importância o *princípio da dignidade humana* e os *direitos de personalidade*, garantindo proteção jurídica a direitos e valores subjetivos que são inerentes a todas as pessoas, tais como a tranquilidade, a integridade psicofísica, a liberdade, a honra, a paz de espírito, a saúde, entre muitos outros. Clayton Reis faz observações interessantes a respeito de valores e interesses morais da pessoa:

Se a presença de bens materiais são importantes para o homem, na realização de sua tarefa de construção da sua personalidade, sem a presença dos valores ideais ele nada constrói. [...] Assim, toda forma de cerceamento ou lesão, direta ou indireta, a este direito constitui-se em um dano de natureza moral. Esta não é apenas uma forma de defesa da personalidade, mas se revela como a maior proteção que o Estado deve oferecer ao ser humano criador e produtivo, centrado nos elementos axiológicos que emolduram a pessoa humana.³⁷

O dano moral pode ocorrer em inúmeras situações e em graduações diferentes. Atualmente, é muito comum que pessoas recebam indenizações quando têm de esperar muitas horas para embarcar em um voo. Também há diversas ações de reparação por dano moral de pessoas famosas contra jornais ou revistas que violam sua intimidade, ou publicam notícias falsas que ofendem a honra dessas

³⁶ MELO, N. D. **Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum.** p. 9.

³⁷ REIS, C. **Dano moral.** p. 153.

peessoas. Existem ainda situações mais graves, como no caso em que, por erro médico, o paciente entra em estado de coma irreversível. Em suma, dano moral pode ocorrer de diversas maneiras. Qualquer conduta, em um determinado contexto, pode causar dano moral, seja através de palavras (faladas ou escritas), gestos, sinais, ações, ou até condutas omissivas em alguns casos.³⁸ No entanto, devemos destacar que o simples fato de causar um sofrimento a alguém não gera automaticamente dano moral. Muitas vezes, a pessoa tem a liberdade de praticar determinadas condutas, mesmo que sejam contrárias ao interesse de outros indivíduos. Além disso, há incômodos comuns da vida em sociedade que, embora causem aborrecimentos, não se revestem de especial gravidade e, portanto, não configuram dano moral. Desenvolveremos estas e outras interessantes questões no decorrer deste segundo capítulo. Por ora, diremos apenas que o dano moral é a ofensa injusta que atinge a própria dignidade da pessoa, não se confundindo com meros aborrecimentos ou inconvenientes. Neste tópico introdutório, procuramos traçar noções gerais a respeito do tema. Nas páginas seguintes, estudaremos o dano moral com mais profundidade, a começar com breve histórico.

3.1 HISTÓRICO

No *Código de Hamurabi*, vigente no Império Babilônico, prevalecia o princípio “olho por olho, dente por dente”, conhecido também por Lei de Talião: aquele que causasse dano a alguém seria punido com uma lesão da mesma natureza. Dessa maneira, vigia implicitamente o princípio de que o forte não pode prejudicar o fraco.³⁹ Assim, essa legislação buscava sempre medidas para reparar e desestimular o dano, o que geralmente implicava na aplicação da Lei de Talião, como se observa nos exemplos a seguir:

§ 196 - Se um homem livre fizer perder a vista ao filho de um outro homem igualmente livre, sofrerá a perda de um olho;
§ 200 - Se um homem livre fizer saltar um dente de um homem igualmente livre, se lhe arrancará também um dente.

³⁸ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. p. 125.

³⁹ REIS, C. **Dano moral**. p. 23.

No entanto, também há casos em que se previa a reparação pecuniária, como no § 209: “Se um homem livre ferir o filho de outro homem livre e, em consequência disso, lhe sobreviver um aborto, pagar-lhe-á 10 siclos de prata pelo aborto”. Do ponto de vista histórico, a passagem da Lei de Talião para um modelo de reparação pecuniária de danos constitui uma importante evolução social. Enquanto se reparava uma lesão com outra lesão de igual natureza, aumentavam-se significativamente os efeitos negativos dos danos produzidos: ao invés de uma pessoa aleijada, havia duas; se uma pessoa cegasse outra, também ficaria cega.⁴⁰ Nesse sentido, o *Código de Manu*, aplicado na Índia antiga, era mais avançado do que o Código de Hamurabi, pois enquanto este procurava quase sempre compensar um dano com outro dano de igual natureza, o Código de Manu previa em muitos casos a reparação pecuniária. Além disso, também se observa nessa legislação várias previsões de reparação por danos essencialmente morais. Por exemplo, havia previsão de que aquele que desse em casamento uma “donzela com defeitos” sem advertir o noivo deveria pagar uma indenização, a ser arbitrada pelo rei. Do mesmo modo, aquele que, por maldade, proclamasse não ser virgem uma jovem também ficava sujeito a pagar uma indenização.⁴¹

No *Direito Romano*, em tempos mais remotos, a injúria consistia em ofensas físicas contra a pessoa. A Lei das XII Tábuas inicialmente previa apenas três casos: o membro *ruptum* (membro avariado); o *fractum* (osso fraturado); e as *iniuriae* menores (violências ligeiras). Com o passar do tempo e a evolução da sociedade, foi-se estendendo o conceito de injúria a outros casos, até se chegar ao entendimento de injúria como toda ofensa aos direitos do cidadão. Desse modo, o conceito de injúria abrangia tanto agressões físicas, como também morais, que atingiam a honra ou reputação do indivíduo.⁴²

A injúria podia ser verbal (falada ou escrita) ou real, que era mais grave, porque envolvia também agressões físicas. Na época de Justiniano, a vítima injuriada dispunha de ação pretoriana, pela qual podia reclamar uma reparação, apresentando, sob juramento, uma estimativa do dano sofrido. O caso era julgado

⁴⁰ MELO, N. D. **Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum**. p. 5.

⁴¹ SILVA, A. L. M. **O dano moral e sua reparação civil**. p. 67.

⁴² SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 84-86.

por um colegiado, que não ficava vinculado à palavra da vítima, podendo arbitrar o valor que considerasse mais justo.⁴³ Havia ainda a previsão de outros casos específicos em que podia haver reparação por danos essencialmente extrapatrimoniais, como, por exemplo, quando alguém impedia outra pessoa de pescar, de conversar, de frequentar teatros, de utilizar as próprias coisas, de vender os próprios escravos, além de outros casos.

O *Direito Canônico* regula a organização da Igreja Católica e os deveres de seus fiéis. Devido a grande influência da Igreja Católica em nosso território, as regras desse Código tiveram vigência no Brasil até 1916, sendo, portanto, de grande relevância histórica para nós. No Código Canônico, havia previsão de alguns casos de reparação por dano moral. Aquele que injustificadamente rompesse promessa de casamento deveria pagar uma indenização ao prejudicado. O cânone 2.355 previa que se alguém injuriasse outra pessoa, ou ofendesse sua honra ou reputação, deveria dar a devida satisfação ou reparação, além de outras penas e penitências proporcionais.⁴⁴

Finalizando, no Brasil, sob a égide do Código Civil de 1916, prevalecia o entendimento de que o dano moral era irreparável, em virtude de não poder ser expresso pecuniariamente. De um modo geral nossa jurisprudência durante muito tempo não aceitou a reparação do dano moral, em razão de não haver previsão legal expressa no Código Civil de 1916. Ademais, muitos sustentavam que o sofrimento de uma pessoa não pode ser quantificado, o que impossibilitaria a reparação do dano moral. No item 2.3, veremos com mais detalhes os argumentos apresentados pelas correntes contrárias e favoráveis à reparação do dano moral, em disputa que se travou até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

3.2 DANO MORAL NO DIREITO COMPARADO

Em matéria de dano moral, o Direito Comparado sempre teve grande importância para nossa doutrina. No Brasil, durante muito tempo não se aceitava a reparação por dano exclusivamente moral. Contudo, pela influência de teorias de

⁴³ MELO, N. D. **Dano moral - problemática:** do cabimento à fixação do quantum. p. 5.

⁴⁴ SILVA, A. L. M. **O dano moral e sua reparação civil.** p. 85-89.

países europeus, principalmente França e Alemanha, fortaleceu-se em nossa doutrina uma tendência favorável à ampla reparação do dano moral.⁴⁵ Vejamos então algumas características específicas de alguns países a respeito da aceitação do dano moral.

Na *França*, o art. 1382 do Código Civil, em tradução literal, preceitua que “Todo fato oriundo de qualquer pessoa, que cause a outrem um dano, obriga a este pela falta cometida a reparar”. Na doutrina e jurisprudência francesas, interpreta-se o dispositivo legal de maneira abrangente, reparando-se tanto os danos materiais como também os morais, uma vez que o legislador não estabeleceu nenhuma limitação em relação ao tipo de dano a ser ressarcido. Portanto, no ordenamento jurídico francês está consolidada a reparação plena do dano moral.

Na *Alemanha*, o Código Civil de 1900 permitia a reparação por danos morais, mas apenas nas hipóteses previstas em lei, que eram muito limitadas. O Código Penal alemão supriu em parte essa deficiência, ao prever, para o crime de injúria, além da pena criminal, a possibilidade da vítima exigir uma indenização de até 6.000 marcos. Apesar das restrições legais, boa parte da doutrina e jurisprudência alemã realiza interpretação ampliativa dos textos legais, aceitando a reparação do dano moral de maneira mais ampla.⁴⁶

Na *Itália*, o Código Civil de 1865 não limitava a reparação por dano moral. No entanto, por influência do Direito Alemão, o Código Civil Italiano de 1942, vigente nos dias de hoje, determina que caberá reparação por dano moral apenas na hipótese de ilícito penal nos casos previstos em lei. Alguns autores italianos sustentam ainda que o dano moral será ressarcível somente se do ilícito decorrerem também consequências patrimoniais. Todavia, doutrina e jurisprudência italiana evoluíram no sentido de interpretar ampliativamente a reparação do dano moral, de modo que atualmente predomina o entendimento favorável à reparação ampla das ofensas morais.⁴⁷

Nos *Estados Unidos*, não há uma regra específica a respeito do dano moral. Neste país, aplica-se o direito consuetudinário, tendo grande força os precedentes judiciais. Assim, os tribunais julgam o caso concreto com base naquilo que é

⁴⁵ REIS, C. **Avaliação do dano moral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 187.

⁴⁶ REIS, C. **Dano moral**. p. 50.

⁴⁷ REIS, C. **Dano moral**. p. 45.

aplicado em casos análogos. No direito estadunidense, prevalece o entendimento que todo tipo de dano deve ser reparado, tanto o material como também o moral. Além disso, é de se destacar que neste país tem especial relevância o aspecto punitivo da indenização por dano moral, que, além de compensar a vítima, visa também impedir que o dano se repita. Logo, as indenizações por dano moral tendem a ser bastante elevadas, em valores muito maiores do que vemos em nossa jurisprudência.⁴⁸

3.3 DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

Antes da Constituição Federal de 1988, em nossa jurisprudência, prevalecia a corrente contrária à reparação do dano moral. Segundo este entendimento, o dano moral não era indenizável, pois não havia meio de verificar a real existência e intensidade do sofrimento experimentado pela vítima. Além disso, devido à natureza íntima e subjetiva do dano moral, seria impossível mensurá-lo em valor pecuniário, o que inviabilizaria a reparação. Argumentava-se ainda que seria imoral reparar o sofrimento humano com dinheiro, pois a dignidade de alguém não poderia ser representada por uma indenização. Haveria também a impossibilidade jurídica de reparar o dano moral, uma vez que, no Código Civil de 1916, inexistia previsão expressa neste sentido. Diante desses argumentos, em nossa jurisprudência, o dano moral era restrito apenas a alguns casos específicos, de previsão legal expressa.

Influenciados pela doutrina francesa, diversos autores passaram a defender a reparação ampla do dano moral, entre os quais destacamos José de Aguiar Dias, Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda e Wilson de Melo da Silva. Os autores favoráveis à reparação do dano moral argumentavam que o fato de o dano moral ser de difícil comprovação não é motivo para que não seja indenizado. A incerteza da dimensão do dano não pode prejudicar a vítima e beneficiar o ofensor. Inclusive, em muitos casos o dano moral poderia ser avaliado objetivamente, com base na experiência do juiz e no conhecimento daquilo que normalmente acontece. Estes autores sustentavam ainda que, embora a reparação pecuniária não seja adequada, é a única forma de tutelar os direitos de personalidade da vítima, sendo melhor esta

⁴⁸ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva.** p. 170.

alternativa do que deixá-la desprotegida. A indenização não teria a finalidade de desfazer o dano moral (o que seria impossível), mas sim de oferecer uma compensação à vítima, através dos benefícios que o dinheiro pode proporcionar. No que se refere à suposta imoralidade de se compensar o sofrimento humano com dinheiro, argumentavam que ainda mais imoral seria a ordem jurídica não proteger a dignidade humana, permitindo impunemente todo e qualquer tipo de ofensa moral. Por fim, os autores afirmavam ainda que o Código Civil de 1916, embora não contivesse previsão legal expressa, admitia a reparação do dano moral, mediante interpretação extensiva de seus dispositivos legais. Interessante notar, neste debate, que o próprio Clóvis Beviláqua, elaborador do Código Civil de 1916, inicialmente afirmava que o texto legal restringia a reparação do dano moral. Contudo, posteriormente, o autor mudou seu entendimento, defendendo que o Código Civil autorizava a reparação de todo e qualquer dano, seja material ou moral.⁴⁹

Em razão desta evolução doutrinária, na jurisprudência passou a ocorrer uma lenta e gradual aceitação do dano moral. Américo Luís Martins da Silva explica que, a partir da III Conferência Nacional de Desembargadores do Brasil de 1965, tornou-se ainda mais forte a tendência de reconhecer de maneira ampla a reparação do dano moral, aumentando cada vez mais o número de decisões judiciais nesse sentido.⁵⁰

3.4 DANO MORAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consolidou-se definitivamente o entendimento favorável à indenização por dano moral, tanto na doutrina como na jurisprudência. Nas palavras de Clayton Reis, “A Carta Maior de 1988 abriu as comportas do represado direito referente ao dano extrapatrimonial, que possibilitou o surgimento nos tribunais de um volume extraordinário de questões diversas alusivas ao dano moral”.⁵¹

⁴⁹ SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. p. 62-68, 77

⁵⁰ SILVA, A. L. M. **O dano moral e sua reparação civil**. p. 235.

⁵¹ REIS, C. **Avaliação do dano moral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 194.

Logo em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal consagra a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. No art. 5º, consagrou-se o *princípio da igualdade*, pelo qual todos são iguais perante o ordenamento jurídico, independente de diferenças físicas, intelectuais, morais, ou outra distinção de qualquer natureza. O Professor Doutor Elimar Szaniawski ensina que **os princípios da dignidade humana e da igualdade formam o suporte para garantir a proteção jurídica do indivíduo em toda sua dimensão, tanto no aspecto material como também no subjetivo.**

Nossa Constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do *princípio da dignidade* da pessoa, que consiste em uma *cláusula geral* de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez ser a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica.⁵²

Os direitos de personalidade, decorrentes da dignidade humana, são aqueles “direitos primeiros”, que visam tutelar a própria pessoa, intrínsecos a todo indivíduo pelo simples fato de existir como ser humano e possuir dignidade. São direitos essenciais da pessoa natural e oponíveis *erga omnes*, tais como a vida, a liberdade, a honra, a integridade psicofísica, a intimidade, entre muitos outros.⁵³

Os autores são unânimes ao afirmar que é no princípio da dignidade humana que a reparação do dano moral encontra fundamento, na medida em que este princípio constitucional está consagrado como valor supremo em nossa sociedade, sendo portanto inviolável. Neste sentido, Antônio Jeová dos Santos afirma que:

Da dignidade, da autonomia e da inviolabilidade da pessoa extraímos a ideia de que o homem é portador em si mesmo de um valor moral intransferível e inalienável, que lhe foi atribuído pelo puro fato de ser um homem, quaisquer que sejam suas qualidades individuais, ainda que se trate de um criminoso, de um fugitivo ou de um réu. Desta maneira, o homem não pode ser reduzido a coisa, a objeto, como no período escravocrata. Daí, o respeito a todos os direitos da personalidade. Em

⁵² SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela.** p. 137.

⁵³ SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela.** p. 19.

havendo violação, o *dano moral* há de ser ressarcível da forma mais completa possível, a fim de impedir que o infrator continue em sua faina violadora de direitos alheios.⁵⁴

Como bem observa o autor, a dignidade de alguém não pode sofrer diminuição, uma vez que, em seu sentido jurídico, o termo não se relaciona com a avaliação moral de condutas, mas sim com valores inerentes a todas as pessoas. Assim, todas as pessoas naturais são portadoras de igual dignidade, independente de seu patrimônio, inteligência, qualidades físicas, nível de consciência, ou qualquer outra diferença que possa existir entre indivíduos. Para garantir meios de tutela eficazes da dignidade humana e dos direitos de personalidade, a Constituição Federal, em seu art. 5º, garantiu expressamente a reparação do dano moral:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

É importante esclarecer que a reparação do dano moral não se restringe apenas aos casos tipificados no inciso X do artigo 5º. Através de uma interpretação sistemática do texto constitucional, percebe-se claramente que prevalece a ampla e irrestrita proteção dos direitos de personalidade. Portanto, os direitos mencionados no inciso X são apenas exemplificativos, de modo que a tutela jurídica se estende não apenas aos casos ali expressos, mas a todos os direitos de personalidade.⁵⁵

O Código Civil de 2002, em seu capítulo segundo (artigos 11 a 21), alargou ainda mais à proteção aos direitos de personalidade. Destacamos o artigo 12, que estabelece que “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Além disso, nosso Código Civil também previu expressamente a reparação do dano moral:

⁵⁴ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 45.

⁵⁵ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 65.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No entanto, a doutrina critica a maneira tímida e insuficiente com que o Código Civil se referiu ao dano moral, desconsiderando a relevância que a Constituição Federal atribuiu à dignidade humana e aos direitos de personalidade. Clayton Reis observa que o legislador infraconstitucional perdeu a oportunidade de estabelecer critérios e parâmetros para a liquidação dos danos morais, deixando os juízes “desamparados” em matéria tão complexa e tormentosa.⁵⁶

Em síntese conclusiva deste tópico, podemos afirmar que nosso ordenamento jurídico garante de maneira ampla a reparação do dano moral. A Constituição Federal consagrou a dignidade humana como princípio supremo e inviolável, garantindo expressamente a reparação do dano moral, nos incisos V e X de seu art. 5º. A abrangência do princípio da dignidade humana e dos direitos de personalidade faz com que a proteção dos bens subjetivos se estenda não só aos direitos positivados no ordenamento jurídico, mas também a todos os interesses e valores subjetivos relevantes e merecedores de tutela jurídica.

3.5 CONCEITO DE DANO MORAL

Na doutrina, há três teorias principais a respeito do conceito de dano moral. A teoria *negativista* ou *excludente* conceitua o dano moral como a lesão que atinge bens **imateriais**, que são aqueles que não podem ser avaliados economicamente. Cláudio Antônio Soares Levada entende que o conceito de dano moral é negativo em relação ao de dano material, sendo moral o dano que atinge bens extrapatrimoniais, sem afetar a condição financeira da vítima.⁵⁷

Outros autores consideram que o dano moral é a *lesão que provoca alterações negativas no estado anímico da vítima*. Antônio Jeová dos Santos afirma que o dano moral se configura quando a lesão causar alteração desfavorável no

⁵⁶ REIS, C. **Dano moral**. p. 88-89.

⁵⁷ LEVADA, C. A. S. **Liquidação de danos morais**. p. 21.

“bem-estar psicofísico do indivíduo”.⁵⁸ Neste ponto de vista, dano moral seria a ofensa que causa, no espírito da vítima, sensações desagradáveis como dor, tristeza, raiva, vergonha, constrangimento, medo, desespero, angústia, etc.

Uma terceira corrente doutrinária entende que dano moral é a *violação significativa dos direitos de personalidade da vítima*. Yussef Said Cahali considera que o dano moral é “a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”.⁵⁹ André Gustavo de Andrade afirma que os sentimentos negativos suportados pela vítima não seriam propriamente o dano moral, mas sim a sua consequência. Para o autor, dano moral seria a própria violação de direitos de personalidade, independente de a vítima experimentar ou não reações emocionais negativas em decorrência da ofensa.⁶⁰ Maria Celina Bodin de Moraes ainda observa que:

Para que exista dano moral, não é preciso que se configure lesão a algum direito subjetivo da pessoa da vítima, ou a verificação de prejuízo por ela sofrido. A violação de qualquer situação jurídica subjetiva extrapatrimonial em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela jurídica, será suficiente para gerar a reparação.⁶¹

Em outras palavras, o dano moral não decorre apenas da violação de direitos positivados no ordenamento jurídico. Na verdade, existe uma infinidade de interesses subjetivos que também merecem tutela jurídica, de modo que, quando violados, poderá caberá reparação por dano moral. Carlos Alberto Bittar, contudo, observa que, para configurar o dano moral, deve estar presente um elemento de *injustiça* na ofensa, para diferenciá-la daquelas situações em que o dano é produzido de maneira legítima.⁶² Por exemplo, o marido que decide se divorciar para viver com outra pessoa, ainda que cause grande sofrimento a sua esposa, não comete dano moral, pois toda pessoa é livre para decidir os rumos de sua vida afetiva. O mesmo ocorre em relação a danos causados em exercício regular do direito, desde que respeitados os limites do direito. Ademais, também é importante

⁵⁸ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 100.

⁵⁹ CAHALI, Y. S. **Dano moral**. p. 20.

⁶⁰ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 38.

⁶¹ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana**. p. 327.

⁶² BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. p. 125.

destacar que há um mínimo de incômodos que, mesmo sendo injustos, devem ser tolerados, por serem considerados normais da vida em sociedade. Não há dano moral em situações comuns do dia-a-dia, como a demora de alguns minutos na fila de supermercado, ou quando o garçom culposamente se confunde e inverte o pedido do cliente de um restaurante. É certo que muitas vezes nos deparamos com situações limítrofes, em que é difícil saber se uma situação é grave o suficiente a ponto de gerar dano moral. Maria Celina Bodin de Moraes esclarece que é à luz do *princípio da dignidade humana* que se procura distinguir o dano moral de simples transtornos ou aborrecimentos comuns. Neste sentido, “o quer que possa, ou deva, ser reconduzido às instâncias primárias de liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade, ou de todo e qualquer direito de personalidade, merece a especial tutela do sistema jurídico”.⁶³

3.6 DANO MORAL: QUESTÕES DIVERSAS

Para aprofundar a compreensão do dano moral, neste tópico falaremos rapidamente de diversas questões interessantes relativas ao tema.

Dano moral direto é aquele em que são atingidos diretamente bens da personalidade do indivíduo, tais como a liberdade, a integridade psicofísica e a honra. *Dano moral indireto ou reflexo* é a lesão decorrente de outro dano (material ou moral), que de maneira reflexa vem a causar o dano moral.⁶⁴ Como exemplo, citamos a lesão física causada a um atleta profissional que, além de violar sua integridade física (dano moral direto), também compromete toda sua carreira de futebolista (dano moral indireto ou reflexo).

É perfeitamente possível haver dano moral cumulado com dano material. Inclusive, é importante diferenciar estas espécies de dano em certas ocasiões. Por exemplo, se uma pessoa é ofendida em público e, em razão disso, perde o emprego, os prejuízos financeiros pelo não recebimento do salário representam dano material, enquanto a humilhação pela ofensa caracteriza dano moral. Em outras situações, um bem material possui valor afetivo, podendo haver dano moral

⁶³ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana**. p. 303.

⁶⁴ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. p. 41.

quando for destruído ou danificado. Como exemplo, podemos imaginar a destruição de objetos raros pertencentes a um colecionador. Neste caso, o prejuízo não se calcula apenas pelo valor de mercado dos bens; também é preciso levar em conta o valor subjetivo que tinham para aquela pessoa, representando um dano moral.

O *dano estético* é muito relacionado com o dano moral, pois se uma pessoa causa dano estético a outrem, comete também dano moral. Teresa Ancona Lopez conceitua dano estético como “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeamento’ que lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a um dano moral”.⁶⁵ Em alguns casos, o dano estético pode ser integralmente reparado mediante cirurgia corretiva. Porém, ainda assim pode haver dano moral em decorrência dos sofrimentos suportados pela vítima.

É interessante também falarmos de *dano moral coletivo*, que João Carlos Teixeira conceitua como a “injunta lesão a interesses metaindividuais relevantes para a coletividade [...], cuja ofensa atinja a esfera moral de determinado grupo, classe ou comunidade de pessoas ou até mesmo de toda a sociedade [...]”.⁶⁶ A Lei nº 7.347/85, em seu art. 1º, prevê a possibilidade de reparação por danos patrimoniais e morais causados ao meio ambiente, ao consumidor e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VI, estabelece como direito básico do consumidor a reparação por dano material ou moral, sejam estes individuais, coletivos ou difusos. Como exemplo de dano moral coletivo contra o consumidor, podemos imaginar a propaganda enganosa e abusiva, que prejudica um número indeterminado de pessoas. Danos causados ao meio ambiente também podem causar dano moral coletivo, como no caso dos desmatamentos da floresta Amazônica, considerada por muitos como patrimônio da humanidade.

No que se refere ao *dano moral contra pessoa jurídica*, atualmente a maior parte da doutrina reconhece essa possibilidade. É importante lembrar que a honra tem dois aspectos: um subjetivo, que diz respeito ao orgulho que a pessoa tem de si mesma; e outro objetivo, relativo à imagem e reputação que a pessoa tem perante a

⁶⁵ LOPEZ, T. A. **Dano estético**. p. 58.

⁶⁶ TEIXEIRA, J. C. **Dano moral coletivo na relação de emprego**: temas polêmicos de direito e processo do trabalho. p. 117 (*apud*: MELO, N. D. **Dano moral – problemática**: do cabimento à fixação do *quantum*. p. 30).

sociedade. Evidentemente, a pessoa jurídica também tem o direito de prezar por sua honra e reputação, no sentido objetivo do termo. Por isso, admite-se reparação por dano moral cometido contra pessoa jurídica.⁶⁷

Em algumas situações, *o inadimplemento contratual também pode causar dano moral*. Embora o contrato geralmente tenha conteúdo patrimonial, seu descumprimento pode afetar também bens e interesses subjetivos do indivíduo, tais como saúde, lazer, qualidade de vida, educação, entre muitos outros. Nestes casos, a violação do dever contratual pode causar não apenas dano material, mas também moral.⁶⁸ Por exemplo, no caso de uma empresa de turismo que culposamente faz com que o casal perca a viagem de lua de mel, certamente haverá dano moral, pois o prejuízo causado não diz respeito apenas às despesas realizadas; houve também grave violação de interesses subjetivos, referentes a momentos marcantes e especiais na relação do casal.

3.7 PROVA DO DANO MORAL

A respeito da prova do dano moral, formaram-se duas correntes na doutrina. Alguns autores defendem que a vítima tem o ônus de provar o sofrimento que experimentou, seja através de testemunhas, perícia médica ou outros meios. Outros autores, contudo, entendem que o dano moral é presumido através de critérios objetivos, que levam em conta o potencial lesivo do ato ilícito e a sensibilidade média das pessoas.

Augusto Zenun sustenta que, em uma ação de danos morais, o juiz deve ouvir testemunhas e nomear peritos (médicos ou psicólogos), para avaliar o real impacto que o dano teve sobre a vítima. As pessoas têm personalidades diferentes, de modo que umas se incomodam mais do que outras com o mesmo tipo de dano. Se ficar demonstrado que a vítima é mais sensível e sofreu mais com o dano, a indenização deve ser maior. Por outro lado, se a pessoa se mostrar indiferente em relação à ofensa, pode não haver dano moral, mesmo que o ato ilícito tenha sido

⁶⁷ MELO, N. D. **Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum.** p. 27.

⁶⁸ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva.** p. 91.

grave.⁶⁹ Contudo, a maior parte da doutrina é contrária a este entendimento, pois a reação da vítima nem sempre reflete de maneira realista a gravidade da ofensa.

Wladimir Valler afirma que não é razoável exigir que a vítima faça prova direta do sofrimento que experimentou. A prova do dano moral se faz através de presunções, levando-se em conta as regras da experiência, o bom senso e a sensibilidade do homem médio. Utilizando os exemplos do autor, seria razoável o juiz presumir que houve grande sofrimento pela morte do cônjuge, ainda que não haja prova testemunhal ou pericial que demonstre diretamente o abalo psicológico da viúva. Porém, trata-se de uma presunção relativa, cabendo prova em contrário. Assim, a defesa poderia demonstrar que quando o cônjuge faleceu, a viúva já estava separada e vivendo com outra pessoa, descaracterizando o dano moral.⁷⁰ No mesmo sentido, Sérgio Severo defende que:

Nas situações em que ela [a dor, o dano moral] deve estar presente, o mecanismo da aferição não pode correr o risco do subjetivismo. Deste modo, o critério objetivo do homem-médio é bastante razoável, isto é, nas situações em que uma pessoa normal padeceria de um sofrimento considerável, forma-se uma presunção *juris tantum* de que sofreu um dano extrapatrimonial.⁷¹

André Gustavo de Andrade, por sua vez, afirma que o dano moral não é propriamente o sofrimento experimentado, mas sim a violação de um direito de personalidade. Nesse ponto de vista, deve ser provada apenas a ocorrência do fato lesivo, para que o juiz possa determinar se tal ofensa gera ou não dano moral. “Uma vez violado algum direito de personalidade, caracterizado estará o dano moral, *independente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito*”.⁷²

3.8 DA FUNÇÃO COMPENSATÓRIA DA INDENIZAÇÃO

No dano material, geralmente é possível restabelecer a situação anterior ao prejuízo. A chamada reparação *in natura* ocorre quando o ofensor devolve à vítima o

⁶⁹ ZENUN, A. **Dano moral e sua reparação**. p. 123.

⁷⁰ WALLER, V. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. p. 312.

⁷¹ SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. p. 64.

⁷² ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 103.

bem sobre o qual ela tem direito, ou lhe entrega outro de igual natureza, qualidade e quantidade. Não sendo possível restituir o bem ou entregar outro equivalente, a reparação se faz mediante uma indenização, correspondente ao valor pecuniário do bem. Em ambos os casos, considera-se que houve reparação; ou seja, que o infrator desfez o prejuízo que causou.

No dano moral, em alguns casos é possível a reparação *in natura*. O dano estético às vezes pode ser corrigido mediante cirurgia. Em caso de publicação de notícia falsa, a retratação pública do ofensor pode minimizar os efeitos negativos da ofensa. Porém, mesmo nesses casos, a reparação do dano moral não é completa, uma vez que não se pode apagar o sofrimento vivenciado pela vítima. Tampouco é possível desfazer o dano através de uma indenização, pois os bens extrapatrimoniais são de natureza íntima e subjetiva, de modo que não podem ser medidos monetariamente. Em ambos os casos, o dano moral subsiste, não havendo meio de restabelecer o *status quo* anterior à ofensa.⁷³

Clayton Reis explica que, nestas condições, a indenização não tem a finalidade de eliminar o dano moral, pois isto seria impossível. Na verdade, o que se busca é oferecer à vítima uma **compensação** pelo dano que injustamente teve de suportar, conferindo-lhe um “**estado d’alma** que lhe outorgue a sensação de um retorno do seu *animus* ferido à situação anterior”.⁷⁴ Em outra passagem, o autor ensina que:

A compensação apontada pelos doutrinadores pátrios e agasalhada pelos nossos tribunais, não consiste em uma avaliação econômica absoluta dos danos imateriais, senão na atribuição de um valor econômico por estimativa, que não possui função de equivalência real, mas, a contrario sensu, de estabelecer um quantum indenizatório proporcional à magnitude do dano, e que possa produzir no espírito da vítima a sensação de satisfação pela indenização recebida.⁷⁵

Antônio Jeová dos Santos observa que, além de amenizar o sentimento de injustiça causado pelo dano moral, o dinheiro também traz outros benefícios e prazeres que podem fazer a vítima se sentir melhor, minimizando, ao menos em

⁷³ MELO, N. D. **Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum**. p. 104-105.

⁷⁴ REIS, C. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. p. 186.

⁷⁵ REIS, C. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. p. 190.

parte, os efeitos negativos causados pela ofensa.⁷⁶ É certo que, devido à natureza dos bens imateriais, a reparação pecuniária não é adequada. Todavia, é preciso reconhecer que, não sendo possível outra forma de reparação, é preferível compensar o dano moral com dinheiro do que deixar a vítima desamparada, em benefício de seu ofensor.⁷⁷ Clayton Reis fala ainda em um efeito *satisfativo* da reparação, no sentido de que a indenização busca atender a pretensão da vítima de ser reparada, amenizando o sentimento de injustiça pela ofensa. O autor explica que

a **compensação** traduz o pagamento pelo equivalente, ao passo que a **satisfação** envolve um estado anímico do ofendido. A primeira forma é o pagamento de um valor devido, e a segunda representa a manifestação demonstrada pela vítima de que se sentiu satisfeita com a indenização recebida, ou seja, o valor pago a título de indenização por dano imaterial conferiu-lhe conforto pessoal.⁷⁸ **(grifos nossos)**

Este efeito satisfativo da indenização ganha importância naqueles casos em que o dano moral é imensurável, como no caso de morte de um familiar muito próximo. Nessas situações, embora não seja possível compensar a vítima, busca-se ao menos lhe trazer algum conforto pessoal, mostrando também que o Estado procurou amparar o ofendido, tutelando e reafirmando o direito violado.

Em síntese conclusiva deste tópico, podemos afirmar que a reparação do dano moral possui um aspecto compensatório-satisfativo. Assim, a indenização visa, na medida do possível, estimar um valor em dinheiro proporcional à ofensa moral. Ao mesmo tempo, procura também trazer conforto pessoal à vítima, satisfazendo sua pretensão de ser reparada de forma justa.

3.9 DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO

Em matéria de dano moral, um dos temas mais controversos em nossa doutrina diz respeito à função punitiva da indenização. Muitos autores entendem que a reparação do dano moral, além de compensar a vítima, serve também como

⁷⁶ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 60.

⁷⁷ SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. p. 65.

⁷⁸ REIS, C. **Dano moral**. p. 184.

sanção exemplar para o ofensor, desestimulando a repetição de atos semelhantes. Assim, a indenização deve ser resposta adequada à ofensa, aumentando-a nos casos em que a conduta do agente é de reprovabilidade mais acentuada. Na jurisprudência, “o valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir”.⁷⁹ Flávia Portella Püschel faz observações interessantes a respeito do reconhecimento da função punitiva da indenização por dano moral em nossa jurisprudência:

A inexistência de critérios legais expressos e a dificuldade de avaliação do dano moral por critérios objetivos resultam em grande liberdade para o juiz no momento da quantificação do prejuízo, permitindo que se introduza com bastante facilidade o objetivo punitivo nesse cálculo, sem necessidade de modificação legislativa ou grande elaboração interpretativa. Portanto, não é de espantar que seja no campo dos danos morais que se tenha introduzido entre nós, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a questão da função punitiva da responsabilidade civil.⁸⁰

Sérgio Severo explica que, por não haver um valor exato, a reparação do dano moral é realizada sempre em um valor aproximado. Desse modo, abre-se espaço para que a indenização exerça também uma função preventiva, calculando-se um valor que seja proporcional ao dano e, ao mesmo tempo, represente resposta adequada à ofensa, de modo a desestimular a reincidência.⁸¹

Embora a jurisprudência reconheça o viés punitivo da indenização, há notáveis autores que são contrários a este entendimento, negando a função punitiva da reparação do dano moral. Humberto Theodoro Júnior defende que a indenização por dano moral não tem caráter punitivo, uma vez que cabe ao Direito Penal, e não ao Civil, reprimir as condutas consideradas prejudiciais ao interesse coletivo. Ademais, ao aplicar uma punição ao causador do dano, estaria sendo violado o princípio da legalidade da pena, pelo qual ninguém pode ser submetido a uma pena sem haver prévia determinação legal (art. 5º, XXXIX, Constituição Federal).⁸²

⁷⁹ Voto proferido no REsp. 715320 / SC, Relatora Ministra Eliana Calmon.

⁸⁰ PUSCHEL, F. P. **A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro**: uma proposta de investigação empírica. p. 20.

⁸¹ SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. p. 190.

⁸² JÚNIOR, H. T. **Dano moral**. p. 69.

Clayton Reis tem o mesmo posicionamento, afirmando ainda que, ao punir o ofensor, a reparação do dano moral causaria um injustificado enriquecimento de uma parte em detrimento da outra: como punição, o infrator teria de pagar um valor maior do que o necessário para compensar a vítima; esta, por sua vez, receberia uma quantia superior ao prejuízo suportado, violando-se o princípio de que a reparação se faz na medida do dano. O autor também defende que a indenização compensatória naturalmente já cumpre uma função “pedagógica”, pois “seria impossível imaginar que uma pessoa fosse continuamente obrigada a indenizar prejuízos causados a terceiro, em virtude da prática incessante de atos ilícitos, e não adotasse posturas preventivas responsáveis no sentido de evitar a perda contínua de seus valores patrimoniais [...]”.⁸³

André Gustavo de Andrade, adotando posicionamento oposto, é enfático ao defender a função punitiva da reparação do dano moral, argumentando que, a despeito da falta de previsão legal, a *indenização punitiva* tem como fundamento o *princípio da dignidade humana*, sendo de aplicação obrigatória sempre que for instrumento necessário para garantir a efetiva tutela dos direitos de personalidade da vítima. O autor lembra que nem sempre a reparação do dano exerce função preventiva. Muitas vezes ocorre exatamente o oposto: o ofensor se mostra indiferente à indenização, ou obtém lucro mesmo depois de reparar o dano, o que é um verdadeiro “estímulo” para a repetição do ato ilícito.⁸⁴

Nehemias Domingos de Melo fala ainda no *caráter exemplar da indenização*, no sentido de que “a condenação por danos morais deve ter o caráter de atender aos reclamos e anseios de justiça, não só do cidadão, mas da sociedade como um todo”. O autor afirma também que, quanto maior forem as condenações, menor será o índice de reincidência, de modo que, ao punir exemplarmente o dano moral, “acredita-se que os direitos humanos e a dignidade das pessoas sofreriam menos agressões, na exata medida em que o peso da condenação seria sentido no bolso do infrator como fator primordial de desestímulo”.⁸⁵ Carlos Alberto Bittar adota entendimento semelhante, afirmando que a indenização, além de compensar a

⁸³ REIS, C. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. , 211.

⁸⁴ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 238.

⁸⁵ MELO, N. D. **Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum**. p. 120.

vítima, visa também “inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da coletividade”.⁸⁶

No que se refere ao enriquecimento injusto da vítima, Antônio Jeová dos Santos pondera que, ainda mais grave do que a vítima lucrar com o dano, é que seja o ofensor quem lucre. “Se a indenização não contém um ingrediente que obstaculize a reincidência no lesionar, se não são desmanteladas as consequências vantajosas de condutas antijurídicas, se renuncia à paz social”.⁸⁷ No mesmo sentido, André Gustavo de Andrade sustenta que, em uma ponderação de valores, os objetivos buscados pela indenização punitiva transcendem em muito o fato de a vítima receber uma indenização superior ao dano, uma vez que a efetiva proteção à dignidade humana trás benefícios não só para a vítima, mas para toda a sociedade.⁸⁸ Portanto, nos filiamos ao entendimento de Sérgio Severo, considerando que a indenização do dano moral possui função compensatória e punitiva, no sentido de prevenir a repetição do dano. No entendimento do autor, esta teoria é superior às demais, pois permite que “os danos extrapatrimoniais encontrem um tratamento jurídico mais adequado”.⁸⁹

⁸⁶ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. p. 237.

⁸⁷ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 177.

⁸⁸ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 276.

⁸⁹ SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. p. 205.

4 CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO DO DANO MORAL

Nos capítulos anteriores, iniciamos o trabalho introduzindo noções elementares de responsabilidade civil; vimos também diferentes conceitos de dano moral, a maneira como ocorre sua reparação e as funções que exerce a indenização nessas situações. Estabelecidas essas premissas, agora podemos nos dedicar aos critérios utilizados na avaliação do dano moral e arbitramento da indenização.

No item 3.8, vimos que os danos morais não possuem dimensão patrimonial, de modo que não é possível estabelecer de maneira objetiva uma indenização correspondente à lesão sofrida. Em outras palavras, o juiz não dispõe de elementos concretos que indiquem valores pecuniários para arbitrar a indenização. O Código Civil não estabeleceu critérios para orientar o magistrado na avaliação do dano moral, tornando ainda mais complexa esta tarefa. Antônio Jeová dos Santos é preciso ao afirmar que, ainda mais difícil do que saber em quais casos há dano moral, é estabelecer o valor de uma justa reparação.⁹⁰

Em razão dessas dificuldades, há quem defenda que a lei deveria fixar valores mínimos e máximos da reparação para cada tipo de dano moral, criando assim parâmetros legais que tornariam a avaliação mais simples e objetiva. Porém, de um modo geral, a doutrina se opõe ao tarifamento da indenização. Prevalece o entendimento de que o juiz não pode ficar vinculado a valores fixos, pois estes limites podem ser inadequados ao caso concreto. Ademais, uma lei que limitasse a reparação do dano moral seria inconstitucional, porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso V, garante a reparação integral do dano, seja material ou moral. Portanto, prevalece em nosso ordenamento jurídico o sistema aberto de reparação, em que o juiz avalia o caso e determina o valor da reparação de acordo com as circunstâncias de cada situação.⁹¹

Diante da impossibilidade de tarifar a indenização, surge a necessidade de desenvolver um conjunto de critérios lógicos e coerentes, que orientem o juiz na avaliação do dano moral e arbitramento da indenização. Ainda que não seja possível determinar um valor exato correspondente à ofensa moral, uma avaliação pautada por tais critérios certamente será mais objetiva, trazendo maior segurança às partes

⁹⁰ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 167.

⁹¹ SANTANA, H. V. **A fixação do valor da indenização por dano moral**. p. 23.

e propiciando coerência entre os julgamentos. A seguir, estudaremos os principais critérios, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência, que devem orientar o magistrado na avaliação e reparação do dano moral.

4.1 PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ E FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

Não havendo método objetivo para determinar um valor correspondente ao dano moral, prevalece na doutrina e jurisprudência o entendimento de que caberá ao magistrado, considerando as circunstâncias do caso concreto, avaliar a dimensão do dano moral e determinar a reparação adequada. A doutrina fala em *prudente arbítrio do juiz*, destacando que a decisão deve ser pautada por critérios de bom senso, equidade, razoabilidade e proporcionalidade. Tais critérios, que devem ser observados em todo e qualquer julgamento, assumem especial relevância na avaliação do dano moral, dada a natureza subjetiva do prejuízo causado, insuscetível de ser calculado monetariamente. Aparecida Almirante afirma que “o papel do juiz é de relevância fundamental na apreciação de ofensas à honra [...]. A ele cabe, com ponderação e sentimento de justiça, colocar-se como homem comum e determinar se o fato contém os pressupostos do ilícito e, conseqüentemente, o dano e o valor da reparação”.⁹² Héctor Valverde Santana também destaca a importância do prudente arbítrio do juiz para que se possa chegar a uma indenização proporcional à ofensa:

À mingua de parâmetros legais, matemáticos ou exatos, o juiz utiliza o seu prudente arbítrio, o bom senso, a proporcionalidade ou razoabilidade para valorar o dano moral. A atuação do juiz dirige-se a encontrar uma quantia que não seja ínfima, simbólica, que não represente uma mera censura judicial, ou reduzida a ponto de desmerecer a relevante natureza jurídica do bem da vida violado(direitos da personalidade). Por outro lado, o juiz não pode estabelecer o valor para o dano moral que represente um enriquecimento ilícito da vítima, um injustificado aumento patrimonial, ou corresponda a um montante desproporcional à condição econômica do ofensor, fato capaz de leva-lo à ruína.⁹³

⁹² AMARANTE, A. **Responsabilidade civil por dano à honra**. p. 358.

⁹³ SANTANA, H. V. **A fixação do valor da indenização por dano moral**. p. 27.

Cumprе destacar, porém, que a necessidade de confiar no prudente arbítrio do juiz acarreta também em desvantagens, uma vez que haverá sempre um indesejável grau de subjetivismo na decisão. Nehemias Domingos de Melo afirma que, ainda que a avaliação seja pautada por critérios como razoabilidade e proporcionalidade, “aquilo que é razoável e proporcional para uns pode não o ser necessariamente para outros. E isso é normal, pois os critérios irão variar de forma e intensidade conforme seja a educação social, religiosa, filosófica e política de quem faz a análise”.⁹⁴ Antônio Jeová dos Santos afirma que, apesar dessas dificuldades, confiar no prudente arbítrio do juiz ainda é a melhor forma de arbitrar a indenização por dano moral. Porém, o autor pondera que a decisão não deve ficar submetida apenas ao bom senso do julgador. É preciso que seja pautada também por outros critérios, para que o julgamento não se torne arbitrário e injusto.⁹⁵ Daí a importância do *dever de fundamentar a sentença*, como forma de evitar a arbitrariedade do julgamento e garantir maior controle da racionalidade da decisão. Ao fundamentar a sentença, o juiz obrigatoriamente terá de expor os critérios utilizados e o peso atribuído a cada um deles, explicando o caminho que percorreu para chegar ao valor arbitrado.⁹⁶ Maria Celina Bodin de Moraes observa que:

[...] o magistrado deve justificar detalhadamente a sua decisão, especificamente no que diz respeito à determinação da verba indenizatória. A decisão precisa ser adequadamente motivada, para que, tanto quanto possível, se reduza o alto nível de subjetivismo constante das decisões judiciais que hoje se vem proferindo em matéria de dano moral. Motivação, sublinhe-se, especificamente, do *quantum debeatur*. Só a sua fundamentação lógico-racional permitirá que se construa um sistema de indenização justo, do ponto de vista da cultura de nosso país e de nosso tempo.⁹⁷

Diante do exposto, concluímos que é de fundamental importância a experiência e bom senso do magistrado para mensurar a dimensão do dano e determinar a reparação adequada. Ainda que haja inevitável subjetivismo em tal avaliação, o dever de fundamentar a sentença afasta a arbitrariedade, reduzindo, ao menos em parte, os problemas relativos ao subjetivismo da avaliação.

⁹⁴ MELO, N. D. **Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum.** p. 97.

⁹⁵ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável.** p. 165-171.

⁹⁶ ANDRADE, R. A. **Dano moral à pessoa e sua valoração.** p. 48.

⁹⁷ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana.** p. 334.

4.2 PRECEDENTES JUDICIAIS CONSOLIDADOS

Devido ao subjetivismo que naturalmente envolve a avaliação do dano moral, é comum que os tribunais arbitrem indenizações em valores bastante diversos para casos muito semelhantes. Em razão disso, decorrem vários problemas. A incoerência nas decisões leva as pessoas a acreditar que, em matéria de dano moral, a sentença é como uma “loteria”, em que a vítima pode receber um valor maior ou menor dependendo de sua “sorte”. Diante disso, é preciso que os julgamentos sejam coerentes, para que haja segurança jurídica a respeito da matéria.

Antônio Jeová dos Santos recomenda que, ao calcular a indenização por dano moral, o magistrado utilize como base de cálculo os valores arbitrados em decisões de casos semelhantes. Em um primeiro momento, o juiz pode utilizar o precedente judicial como ponto de partida, estudando quais são os valores normalmente arbitrados em casos análogos. Depois, poderá “ajustar” a indenização, aumentando ou diminuindo o seu valor, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.⁹⁸ Maria Celina Bodin de Moraes, no mesmo sentido, afirma que a indenização não deve se afastar demais de um “valor médio, [...] resultado da repetição de valores atribuídos a casos semelhantes, controlados pela instância superior”.⁹⁹

A utilização de precedentes judiciais contribui para uniformização da jurisprudência, além de criar uma referência de valores pecuniários para o arbitramento da indenização. Antônio Jeová dos Santos observa que o juiz não fica vinculado à jurisprudência, se entender que no caso concreto a indenização deve ser em valor diverso. Contudo, se considerar os precedentes judiciais razoáveis e adequados, poderá utilizá-los como critério e fundamento para estabelecer a indenização. Para exemplificar, selecionamos jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito de algumas situações comuns de dano moral:

- a) inscrição indevida em cadastro de inadimplentes: indenização de 10 (dez) mil reais (Resp. 1105974/BA);

⁹⁸ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 214-215.

⁹⁹ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana**. p. 310.

- b) recusa do plano de saúde em fornecer medicamento de alto custo, contudo, sem causar dano à saúde da vítima: indenização de 10 (dez) salários mínimos (Resp. 801181/MA);
- c) publicação de notícia inverídica: indenização de 20 (vinte) mil reais (Resp. 401358/PB);
- d) revista íntima abusiva contra vítima mulher ao visitar detento em presídio, sendo ela conduzida à clínica médica para exame ginecológico e anal: indenização de 50 (cinquenta) salários mínimos (Resp. 856360/AC);
- e) homem preso erroneamente durante mais de dois anos: indenização de 100 (cem) mil reais (Resp. 872630/RJ);
- f) paciente em estado vegetativo por erro médico: indenização de 360 (trezentos e sessenta) mil reais (Resp. 853854/RS).

É importante esclarecer que utilizar o precedente judicial não consiste em simplesmente aplicar a mesma indenização arbitrada em casos análogos. Através de precedentes judiciais, o magistrado terá acesso a uma “faixa de valor” normalmente utilizada em casos semelhantes. No entanto, será necessário também avaliar as particularidades fáticas dos precedentes e depois compará-las com as do caso em análise. Dessa maneira, conjugam-se as necessidades de harmonizar a jurisprudência e, ao mesmo tempo, considerar as particularidades do caso concreto, na medida em que estas duas variáveis terão influência no arbitramento da indenização.

Por vezes, a análise da jurisprudência pode revelar incoerências, como indenizações irrisórias ou exageradas, desproporcionais ao dano sofrido. Porém, reiteramos que o magistrado não fica vinculado aos precedentes judiciais, prevalecendo o seu prudente arbítrio para arbitrar a indenização que considerar mais adequada.

4.3 CRITÉRIOS ESPECÍFICOS

Os critérios específicos são aqueles utilizados para avaliar a dimensão do dano moral no caso concreto. São de fundamental importância para que a reparação do dano moral cumpra sua função compensatória, na medida em que permitem ao

juiz avaliar a gravidade da ofensa e arbitrar uma indenização proporcional. Além disso, os critérios específicos também são úteis para verificar a necessidade de aplicar uma punição maior ou menor ao ofensor, atentando também para a função preventiva da indenização. Héctor Valverde Santana comenta que tais critérios são flexíveis e têm importância variada de acordo com cada situação.¹⁰⁰ Seleccionamos os critérios que são invocados de maneira recorrente pela doutrina e jurisprudência para avaliar o dano moral e arbitrar a indenização. Contudo, o magistrado tem liberdade para, a seu prudente arbítrio, considerar ainda outras circunstâncias que no caso concreto se mostrem relevantes.

4.3.1 Gravidade objetiva do dano

A dimensão do dano moral deve ser avaliada em cada situação, levando-se em conta fatores como o direito de personalidade violado, a intensidade da ofensa, os prejuízos causados, as privações a que a vítima ficou submetida, além de outras circunstâncias que na análise do caso concreto sejam importantes.

Ronaldo Alves de Andrade sustenta que **a gravidade do dano moral deve ser avaliada de maneira objetiva**. Em outras palavras, a gravidade do dano não é medida a partir da perspectiva subjetiva da vítima. O juiz deve verificar a maneira como a média das pessoas receberia a ofensa.¹⁰¹ Sérgio Severo, neste enfoque, afirma que, na avaliação do dano moral, deve-se considerar “o dano que a experiência demonstra sofrerem as pessoas em situações particulares e o montante satisfatório comumente deferido em tais casos”.¹⁰² Assim, o ofensor não responde pela reação exagerada de uma pessoa que se irrita facilmente com pequenas coisas. Por outro lado, a indenização também não será reduzida quando o ofendido se mostrar indiferente à ofensa. É preciso chegar a um meio termo, considerando-se o abalo emocional que a lesão causaria à média das pessoas.

Wesley de Oliveira Louzada ensina que, ao avaliar a extensão do dano moral, em primeiro lugar, deve-se considerar a *relevância do direito de*

¹⁰⁰ SANTANA, H. V. **A fixação do valor da indenização por dano moral**. p. 34.

¹⁰¹ ANDRADE, R. A. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. p. 49.

¹⁰² SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. p. 208.

personalidade atingido. Assim, “a lesão à vida tem uma extensão maior que lesão à liberdade sexual (v.g. estupro), que, por sua vez, supera uma lesão à honra objetiva (como um protesto indevido de título, por exemplo)”. Contudo, o autor pondera que algumas vezes essas gradações são variáveis, podendo se inverter em circunstâncias diferentes. Desse modo, é importante a experiência e bom senso do juiz, para estabelecer uma gradação de valores adequada ao caso concreto.¹⁰³ Héctor Valverde Santana também traz lições esclarecedoras a respeito do tema:

É possível, mediante a avaliação da prova produzida, o juiz aferir a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima. Um determinado caso concreto, a exemplo de um atraso de voo, pode se situar na fronteira entre um mero dissabor, contrariedade ou circunstância cotidiana, o que não caracteriza o dano moral, e a efetiva violação de um direito da personalidade, esta passível de reparação em razão da configuração do dano moral. De outro lado, um atraso de voo por um período de dez horas que ocorre no local de residência da vítima, no início de sua viagem de férias, certamente configura um dano moral. Porém, o sofrimento, a angústia e as demais alterações anímicas não serão as mesmas no que tange à intensidade daquela hipótese em que a vítima experimentou um atraso de voo de mais de vinte e quatro horas em país estrangeiro, no final de uma viagem de trabalho de mais de três meses. São situações diferentes no que tange à intensidade da alteração anímica.¹⁰⁴

Dos ensinamentos do autor, percebe-se que, analisando a lesão ao direito da vítima, bem como as demais circunstâncias do caso concreto, é possível avaliar de maneira objetiva a gravidade da lesão. Em relação à *duração do sofrimento experimentado pela vítima*, podemos afirmar que, normalmente, quanto mais tempo a vítima ficar submetida às consequências desagradáveis da ofensa, maior será o dano moral. Utilizando o exemplo acima citado, em casos de atraso de voo, se o passageiro esperar cinco horas para embarcar, pode haver dano moral; porém, a ofensa será consideravelmente mais grave se o atraso for superior a vinte horas. Do mesmo modo, no caso de lesões corporais graves, se a vítima ficar debilitada durante meses, o dano moral será maior do que na hipótese em que ela se recuperar rapidamente.

No que se refere à *intensidade do dano moral*, podemos exemplificar imaginando casos de lesões corporais. Nessas situações, podemos dizer que o dano será maior na medida em que aumentar a gravidade dos ferimentos. Assim,

¹⁰³ BERNARDO, W. O. L. **Dano moral: critérios de fixação do valor**. p. 166.

¹⁰⁴ SANTANA, H. V. **A fixação do valor da indenização por dano moral**. p. 34.

lesões leves podem configurar dano moral; contudo, a ofensa certamente será de intensidade maior se ocorrem lesões graves, tais como quebra de ossos, queimadura, seqüela, deformidade em parte visível do corpo, amputação de membro, perda de sentido ou função do corpo.

O juiz deve avaliar ainda o *caráter temporário ou definitivo da lesão*. Em princípio, a lesão permanente é mais grave do que a temporária, da qual a vítima pode se recuperar.¹⁰⁵ Desse modo, haverá danos morais se uma pessoa, vítima de lesões corporais, não puder caminhar durante alguns meses. Porém, o dano será muito maior se ela perder os movimentos das pernas pelo resto da vida. O mesmo pode se dizer em relação a deformidades causadas no corpo da vítima, como cicatrizes no rosto, que podem ser temporárias ou permanentes.

Em alguns casos, será importante considerar a *repercussão da ofensa no meio social*. No mais das vezes, quando se trata ofensa moral que expõe a vítima a situações desonrosas ou humilhantes, quanto mais pessoas tomarem conhecimento do fato, maior será a gravidade do dano. Neste sentido, Wesley de Oliveira Bernardo observa que o mesmo fato pode causar danos de extensão diferentes, dependendo da repercussão que houver.¹⁰⁶ Espalhar boatos falsos a respeito da honestidade de alguém pode prejudicar a reputação dessa pessoa. Contudo, o prejuízo será muito maior se a notícia for publicada em jornal de circulação nacional ou em *sites* da rede mundial de computadores (internet). Do mesmo modo, em uma situação vexatória, quanto mais pessoas presenciarem o fato, maior será o constrangimento e humilhação da vítima. Nessas situações, o dano moral é maior, o que justifica que se aumente também a indenização.

4.3.2 Condições pessoais da vítima

As condições pessoais da vítima são fatores importantes na avaliação do dano moral, na medida em que relevam como a lesão atingiu aquela pessoa em particular. Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “as condições pessoais da vítima, desde que se revelem aspectos de seu patrimônio moral, deverão ser

¹⁰⁵ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 210.

¹⁰⁶ BERNARDO, W. O. L. **Dano moral: critérios de fixação do valor**.

cuidadosamente sopesadas, para que a reparação possa alcançar [...] a singularidade de quem sofreu o dano”.¹⁰⁷ Na verdade, não se trata de verificar a sensibilidade emocional da vítima em particular, mas sim de considerar suas condições pessoais que de alguma forma se relacionam com o dano moral, tornando-o mais ou menos grave. Héctor Valverde Santana menciona diversos fatores relativos à vítima que devem ser levados em conta pelo juiz, tais como idade, sexo, escolaridade, profissão, local em que se vive, nível cultural, inserção social, valores morais, crenças espirituais, além de outros que se mostrarem relevantes ao caso.¹⁰⁸

Procuramos esclarecer melhor o assunto através de exemplos práticos. Considerando-se a idade da vítima, é evidente que a morte dos pais provocará muito mais sofrimento em uma criança do que em um homem de idade já avançada. Levando-se em conta a profissão, uma lesão no joelho de um jogador de futebol pode impossibilitá-lo de atuar profissionalmente, enquanto o mesmo dano em uma pessoa comum pode causar um incômodo apenas leve.

Perlingieri traz outros exemplos interessantes sobre a influência das condições pessoais da vítima, dizendo inclusive que o dano moral decorrente de uma lesão na perna será maior se a pessoa morar no último andar de um edifício sem elevador. Em outra situação, uma lesão no ouvido assumirá especial importância se a vítima comprovar que gostava muito de mergulhar e o dano a impossibilitou de exercer esta atividade.¹⁰⁹ Sílvio de Salvo Venosa também fornece exemplos esclarecedores, afirmando que

[...] é importante que o juiz conheça o perfil cultural e social da vítima para que possa avaliar corretamente a extensão do dano. [...] Nesse diapasão podem ser dados exemplos os mais mezinhos: o protesto indevido de um cheque para quem nunca teve em décadas um título protestado atingirá diferentemente sua dignidade, em comparação com aquele que costumeiramente tem títulos protestados; a palavra de baixo calão em meio social popular tem sentido diverso daquela proferida em meio à reunião formal de pessoas de nível cultural elevado; a perda ou extravio de bagagem no transporte aéreo afetará menos aquele que não necessita de roupas formais no seu destino do que aquele que trazia um traje de gala para evento de que iria participar no local de destino, e assim por diante.¹¹⁰

¹⁰⁷ PERLINGIERI (*apud*: MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana**. p. 307).

¹⁰⁸ SANTANA, H. V. **A fixação do valor da indenização por dano moral**. p. 35.

¹⁰⁹ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana**. p. 307 e 311.

¹¹⁰ VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 308.

Américo Luís Martins da Silva sugere que devem ser considerados ainda o nível social, a formação cultural e o lugar em que vive o ofendido, tudo isso para identificar seu “padrão moral”.¹¹¹ No mesmo sentido, Wilson Melo da Silva afirma que, na avaliação do dano moral, o magistrado deve atentar para o “tipo médio do homem sensível de cada classe”, que seria a sensibilidade moral média das pessoas de uma determinada classe, meio cultural ou de um lugar em específico.¹¹² Assim, consideram-se as particularidades de pessoas que, por viverem em meios diferentes, possuem noções diversas sobre o que é ofensivo e o que não é. Por exemplo, palavras proferidas a uma freira em um convento podem representar ofensa imperdoável, sendo que as mesmas palavras ditas em meio social popular podem ser interpretadas até mesmo como brincadeiras.

Diante do exposto, percebe-se que examinar as condições pessoais da vítima é essencial para verificar a maneira como a lesão a afetou em particular, de tal modo que, se o mesmo dano moral fosse cometido contra outra pessoa, suas consequências poderiam ser diferentes. Dessa maneira, a avaliação do dano moral torna-se mais precisa, pois leva em conta não apenas as circunstâncias relativas aos fatos que causaram a lesão, mas considera também as particularidades da vítima que de alguma forma influenciam na gravidade do dano moral.

4.3.3 Condição econômica da vítima

No item 3.4.1, vimos que a reparação por dano moral possui uma função compensatória, visando, através de uma indenização, proporcionar à vítima benefícios que a façam “esquecer” da ofensa. Esta ideia pode levar ao entendimento de que o valor necessário para compensar cada pessoa seria proporcional ao seu patrimônio. Em outras palavras, se uma pessoa muito rica sofre dano moral, uma indenização média será insignificante para ela, de modo que não haverá uma real compensação pela ofensa. Por outro lado, se a vítima é de baixa capacidade econômica, um valor menor já seria suficiente para “apagar” seu sofrimento. Neste

¹¹¹ SILVA, A. L. M. **O dano moral e sua reparação civil**. p. 238.

¹¹² SILVA, W. M. **O dano moral e sua reparação**. p. 663.

caso, uma indenização média poderia representar um injustificado enriquecimento do ofendido, indo muito além do necessário para compensá-lo. Porém, de um modo geral a doutrina é contrária a esse entendimento.

Wesley de Oliveira Louzada argumenta que, “partindo-se do pressuposto de que o dano moral deriva de lesão à dignidade da pessoa humana, diferenciar as vítimas por suas posses equivaleria a reconhecer maior dignidade aos mais afortunados e menor aos menos favorecidos”.¹¹³ Hector Valverde Santana também afirma que a adoção deste critério conduziria a situações insustentáveis, como no exemplo a seguir:

Partindo-se de uma situação hipotética em que vítimas com marcantes distinções econômicas sofressem um dano moral de idêntica natureza, como no caso do atraso de um mesmo voo, a considerar o padrão econômico das vítimas como critério específico para a fixação do dano moral, chegar-se-ia à conclusão de que o direito da personalidade do “rico” teria mais valor do que a do “não rico”, fato que atenta contra o princípio da igualdade, inscrito no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.¹¹⁴

Diante de tais argumentos, concluímos que não é adequado considerar a condição econômica da vítima para aumentar ou diminuir a indenização, uma vez que este critério embute um viés discriminatório, criando situações de desigualdade. Em uma situação em que duas pessoas sofrem o mesmo dano moral, não se pode arbitrar uma indenização maior em favor da vítima mais abastada, pois haveria flagrante violação do princípio da igualdade. Pelas mesmas razões, também não é admissível que se reduza a indenização da vítima de baixa capacidade econômica, pois este entendimento equivaleria a conferir “menor dignidade” a pessoas humildes, que ficariam mais vulneráveis contra ataques a sua integridade moral. Evidentemente, situações como essas não são admitidas em nosso ordenamento jurídico, em razão da *supremacia do princípio da igualdade e da dignidade humana*. Ainda que uma mesma indenização possa ser insignificante ou exagerada, dependendo da condição econômica de quem a recebe, nos filiamos ao entendimento de Antônio Jeová dos Santos, ao afirmar que, na reparação do dano moral, deve ser utilizado um “modelo abstrato de homem médio”, que, segundo o autor, “estabelece uma certa correspondência entre o dano sofrido e a satisfação

¹¹³ BERNARDO, W. O. L. **Dano moral: critérios de fixação do valor**. p. 183.

¹¹⁴ SANTANA, H. V. **A fixação do valor da indenização por dano moral**. p. 35.

devida”.¹¹⁵ Do mesmo modo que não é razoável condenar o ofensor a pagar uma fortuna para compensar o sofrimento de pessoas muito ricas, também não é justo arbitrar indenizações menores para pessoas humildes. Portanto, se duas pessoas sofrem o mesmo dano moral, ambas devem receber a mesma indenização, independente de suas condições financeiras.

4.3.4 Reprovabilidade da conduta

A reprovabilidade da conduta do ofensor é um critério muito utilizado em nossa jurisprudência para arbitrar a indenização por dano moral. Através deste critério, procura-se diferenciar condutas mais graves daquelas em que o dano é causado por culpa leve. Logo, se o ofensor ataca covardemente pessoa indefesa, causando-lhe graves ferimentos, provavelmente terá de pagar uma indenização maior do que se tivesse causado o mesmo dano por ligeira negligência. Portanto, este critério visa atender a finalidade punitivo-preventiva da indenização, uma vez que não se relaciona com o dano em si, mas sim com a gravidade da ação praticada pelo agente, buscando o valor necessário para reprimir e desestimular a repetição da conduta.

Sérgio Severo explica que caberá ao juiz sopesar as finalidades compensatórias e preventivas da reparação do dano moral. “Dado o caráter preventivo que a satisfação pode assumir, o juiz avaliará as circunstâncias relativas à conduta do ofensor, estabelecendo ou não uma carga de *desestímulo* na análise do *animus lesandi* e das circunstâncias conexas”. O autor entende que, em princípio, prevalece a função compensatória da indenização, sendo a função punitiva apenas secundária. Contudo, pondera que, em certas situações, o juiz pode inverter essa ordem, quando as circunstâncias da situação em concreto assim exigirem, como, por exemplo, em casos de racismo.¹¹⁶

André Gustavo de Andrade entende que a função punitiva da indenização perde importância quando o dano é causado por culpa leve, ou nas hipóteses de responsabilidade objetiva, pois nesses casos não há necessidade de reprimir ou

¹¹⁵ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 201.

¹¹⁶ SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. p. 208.

desestimular a conduta. O autor sustenta que a *indenização punitiva* tem cabimento apenas quando o dano é praticado com “*intenção lesiva* ou, ao menos, com *desprezo* ou *indiferença pelo direito alheio*. É nessas situações que a indenização punitiva encontra campo fértil para exercer a sua função *dissuasória*, que objetiva prevenir a prática de outros ilícitos contra direitos da personalidade”.¹¹⁷

De um modo geral, a jurisprudência menciona o grau de culpa do ofensor como critério para determinar o *quantum* indenizatório. A indenização é aumentada conforme seja maior a reprovabilidade da conduta do agente causador do dano. Trata-se de avaliar a intensidade do ânimo de ofender, ou a indiferença demonstrada pelo ofensor nos casos de culpa grave. Também se verifica a conduta do ofensor antes e depois do dano. Aquele que se esforça para minimizar os efeitos da lesão obviamente atenua a gravidade de sua conduta. O motorista que atropela a vítima e presta socorro imediato não age de maneira tão reprovável quanto o motorista embriagado que foge do local do acidente, deixando a vítima gravemente ferida.¹¹⁸ Do mesmo modo, a pessoa que se retrata publicamente da ofensa merecerá menos reprimenda do que aquele que continua desrespeitando a vítima. A reincidência também pode agravar a culpa: até mesmo uma conduta praticada com culpa leve pode ser considerada de gravidade mais acentuada quando houver contumaz reincidência, indicando negligência por parte do infrator em corrigir sua conduta e prevenir o dano.¹¹⁹

4.3.5 Condição econômica do ofensor

No item 3.4.2, vimos que a reparação do dano moral visa não apenas compensar a vítima, mas também desestimular a repetição da ofensa, tanto pelo próprio ofensor, como também por terceiros. Para criar este efeito preventivo, a indenização deve ser significativa em relação ao patrimônio do ofensor. Do contrário, ele não se sentirá inibido a voltar a praticar a conduta danosa. Assim, analisando a condição econômica do ofensor, o juiz determina uma indenização que atenda a

¹¹⁷ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 265.

¹¹⁸ ANDRADE, R. A. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. p. 115.

¹¹⁹ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 267.

essas duas necessidades: de um lado, compensar a vítima e, ao mesmo tempo, desestimular a prática de condutas semelhantes.

Carlos Alberto Bittar afirma que a indenização “[...] deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade como um todo de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo”.¹²⁰ André Gustavo de Andrade afirma que a análise da condição econômica do ofensor é importante para estabelecer o montante da *indenização punitiva*, uma vez que “esta somente poderá desempenhar eficazmente seu papel de prevenir a prática de novos ilícitos se fixada em montante suficiente para afetar ou incomodar o lesante”.¹²¹ Nehemias Domingos de Melo, a seu turno, entende que é preciso considerar a condição econômica do ofensor, para não arbitrar uma indenização que implique em sua ruína. Ao mesmo tempo, não se deve perder de vista o viés punitivo da indenização, fazendo o ofensor sentir “no bolso” os efeitos da condenação.¹²²

Américo Luís Martins da Silva ainda observa que a análise da condição econômica do ofensor é importante não apenas para cumprir a finalidade punitiva da indenização, mas também para **garantir a eficácia da sentença**. Para que a condenação seja eficaz, deve-se avaliar a “capacidade de pagamento” do ofensor, de modo que a indenização seja compatível com sua faixa econômica. Então, o magistrado deve buscar elementos que indiquem a realidade econômica de quem pagará a indenização. “A partir de tais indícios é que se pode costurar uma teia de elementos para a formação do *quantum* de uma indenização justa, cujo cumprimento seja eficaz”.¹²³ Contudo, às lições do autor acrescentamos apenas que a baixa capacidade econômica do ofensor não justifica que a indenização seja reduzida a valores irrisórios, insignificantes em relação à ofensa.¹²⁴

Conjugando as lições apresentadas neste tópico, concluímos que a indenização do dano moral, além de compensar a vítima, também deve implicar um custo considerável para o ofensor, estimulando-o a corrigir sua conduta para evitar novas indenizações. Em outras palavras, analisa-se a realidade econômica do

¹²⁰ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. p. 220.

¹²¹ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 302.

¹²² MELO, N. D. **Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum**. p. 120-121.

¹²³ SILVA, A. L. M. **O dano moral e sua reparação civil**. p. 332.

¹²⁴ PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. p. 60.

causador do dano para que se possa encontrar um “valor do desestímulo” adequado, que varia de acordo com o patrimônio de cada pessoa. A situação patrimonial do ofensor revela ainda sua “capacidade de pagamento”, de modo que o magistrado poderá determinar uma indenização moderada, que não seja exorbitante em relação ao seu patrimônio, mas ainda assim seja proporcional à ofensa e represente adequado desestímulo contra o ato ilícito.

4.3.6 Lucro do ofensor

Na relação entre indivíduos, é rara a hipótese em que a pessoa repara um dano por ela causado e ainda assim obtém lucro com o ato ilícito. Porém, com o intenso crescimento das relações de consumo, tornaram-se frequentes exceções a essa regra. Atualmente, é notório que muitas grandes empresas cometem dano moral em larga escala. Apesar de pagarem muitas indenizações por conta disso, tais empresas não corrigem sua conduta, mantendo uma postura negligente em relação ao direito dos consumidores. Alexandre Rezende da Silva denomina essa situação de “indústria da irresponsabilidade”. O autor esclarece que nem sempre as empresas agem de má-fé. Ocorre que, do ponto de vista econômico, muitas vezes é mais vantajoso pagar algumas indenizações esparsas do que evitar a repetição do dano. Em outras palavras, o valor que as empresas perdem em reclamações judiciais esparsas é muito inferior ao que seria necessário investir para corrigir o problema. Percebe-se então que, muitas vezes, o dano e o ato ilícito passaram a ter um verdadeiro “atrativo econômico” nas relações de consumo, incentivando condutas negligentes e maliciosas.¹²⁵

Diante da suprema relevância que a Constituição Federal concedeu ao princípio da dignidade humana, o Direito não admite que a prática reiterada de dano moral contra um número indeterminado de pessoas seja uma atividade vantajosa. Portanto, nessas situações, o juiz deve aumentar a indenização até um valor que torne desvantajosa a atividade lesiva. André Gustavo de Andrade exemplifica: imagine-se o caso de uma revista que aumenta de maneira considerável suas vendas graças à publicação de notícia falsa e desonrosa a respeito de pessoa

¹²⁵ SILVA, A. R. **Dano moral e irresponsabilidade empresarial.**

conhecida em âmbito nacional. Nesse caso, uma indenização meramente reparatória, que visasse apenas compensar o sofrimento da vítima, faria com que o dano moral fosse extremamente lucrativo para o ofensor. Então, o citado autor sugere que indenização seja no valor correspondente ao aumento das vendas da revista naquela edição. Muitos se oporiam a este entendimento, argumentando que haveria enriquecimento sem causa da vítima em detrimento do ofensor. Porém, Antônio Jeová dos Santos pondera que, se a vítima não deve lucrar com o dano, “mais irritante é que o ofensor seja quem lucre e que, ademais, permaneça em situação que nada o impede (a ele e a outros) reiterar a atividade nociva”.¹²⁶ Maria Celina Bodin de Moraes afirma que, em situações como essa, o enriquecimento da vítima, “se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido”.¹²⁷ André Gustavo de Andrade, em outra passagem, também afirma que

Nestes casos, a clássica noção de reparação civil, pela qual a reparação é medida pela extensão do dano sofrido, propiciaria ao ofensor lucrar com sua atividade ilícita, em franca violação ao princípio de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Já a indenização punitiva, ao impedir o lucro do ofensor com a lesão, recupera, para a responsabilidade civil, a noção de eticidade.¹²⁸

É certo que, no caso concreto, geralmente é difícil demonstrar qual foi o lucro injustamente obtido com o ato ilícito. Todavia, o autor afirma que não sendo possível determiná-lo com precisão, o juiz pode arbitrar a indenização com base no lucro presumido. Na verdade, continua o autor, não há impedimento a que a indenização seja até mesmo superior aos benefícios obtidos injustamente, uma vez que, nesses casos, o ato lesivo será desvantajoso apenas quando causar prejuízo ao ofensor.¹²⁹

Naquelas situações em que o dano moral é cometido em larga escala, contra um número indeterminado de pessoas, é preciso bom senso e razoabilidade, uma vez que, evidentemente, não será possível eliminar todo o lucro ilícito através

¹²⁶ SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. p. 177.

¹²⁷ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana**. p. 302.

¹²⁸ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 246.

¹²⁹ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 308.

de uma única indenização. Ainda assim, a indenização deve ser maior do que o valor normalmente arbitrado, podendo inclusive ser aumentada se for verificada contumaz reincidência do ofensor, o que é indício de que continua a lucrar com a atividade lesiva. A jurisprudência deve procurar um valor de indenização que, aplicado em conjunto em reclamações individuais, torne inviável para o infrator continuar praticando o dano.¹³⁰ Nessa situação especial, o enriquecimento da vítima não poderá impedir a elevação do valor indenizatório, uma vez que os benefícios sociais buscados com a eliminação do lucro ilícito, bem como a efetiva tutela da dignidade humana, superam em muito o problema de a vítima receber uma indenização superior ao dano (item 3.8). Em outras palavras, nessas situações, o princípio do enriquecimento sem causa (da vítima) cede passagem aos princípios da dignidade humana e da proteção social.

¹³⁰ ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. p. 283-284.

5 CONCLUSÃO

Do exposto no decorrer deste trabalho, as conclusões mais importantes são as seguintes:

O dano moral é a injusta violação de direitos de personalidade ou interesses subjetivos do indivíduo, atentando contra sua dignidade. Contudo, incômodos e aborrecimentos leves, comuns da vida em sociedade, não configuram dano moral.

O dano moral é sempre de difícil reparação, uma vez que não se pode apagar o sofrimento vivenciado pela vítima. Sendo assim, a indenização tem como finalidade: a) compensar a vítima pelo dano que injustamente sofreu (efeito compensatório); b) atender sua pretensão de receber tutela jurídica, mediante uma justa indenização (efeito satisfativo); c) punir o ofensor, desestimulando a prática de atos semelhantes (efeito preventivo); d) mostrar a toda sociedade que ofensas à dignidade humana não são aceitas e receberão sempre resposta à altura (efeito exemplar).

Não havendo critérios objetivos para arbitrar a indenização, caberá ao juiz, utilizando seu **prudente arbítrio**, avaliar a dimensão do dano moral e determinar a reparação adequada. Nesta tarefa, ele deverá utilizar de experiência, bom senso, prudência, equidade e razoabilidade.

A análise dos **precedentes judiciais** também é de fundamental importância, na medida em que este é o único critério que remete o julgador a valores pecuniários, servindo como referência e fundamento para determinar o valor da indenização. Tendo conhecimento da “faixa de valor” normalmente aplicada em casos análogos, o magistrado deverá ainda considerar as particularidades do caso concreto, ajustando a indenização de acordo com elas.

Na avaliação da **gravidade do dano moral**, deve-se verificar a relevância do direito de personalidade violado, a intensidade e duração da ofensa, o caráter definitivo ou temporário da lesão e a repercussão do fato no meio social. São consideradas também as **condições pessoais da vítima**, tais como idade, profissão, sexo, escolaridade, etc. Além disso, é necessário levar em conta a sensibilidade média de pessoas de diferentes classes sociais, nível cultural ou regiões do país, pois estes fatores influenciam na maneira da vítima interpretar determinados fatos, podendo considerá-los ofensivos ou comuns, a depender de tais

particularidades. Contudo, a **condição econômica da vítima** não é razão para aumentar ou diminuir a indenização, uma vez que este critério implica em situações discriminatórias.

É importante avaliar o **grau de culpa do ofensor**, para que a indenização seja resposta adequada à conduta praticada. Assim, aquele que comete dano moral agindo com dolo intenso receberá resposta mais severa do que quem age com culpa leve. O juiz também deverá considerar a **condição econômica do ofensor**, pois a indenização exercerá sua função preventiva apenas se representar valor significativo para ele. A situação patrimonial do ofensor revela ainda sua “capacidade de pagamento”, de modo que o magistrado poderá determinar uma indenização moderada, que não seja exorbitante em relação ao seu patrimônio, mas ainda assim seja proporcional à ofensa e represente adequado desestímulo contra o ato ilícito.

Por fim, destacamos que, em alguns casos especiais, deve-se aumentar ainda mais a indenização para **impedir que o ofensor obtenha lucro com o ato ilícito**. Com o crescimento das relações de consumo, aumentaram muito as práticas abusivas de empresas contra o direito do consumidor. Na busca incessante pelo lucro, muitas vezes é economicamente mais vantajoso prejudicar terceiros e pagar indenizações do que realizar investimentos para evitar o dano. Contudo, diante da supremacia do princípio da dignidade humana, o Direito não admite que alguém “opte” por cometer dano moral por um determinado “preço”. Portanto, quando o juiz verificar essa situação, deve procurar um valor de indenização que torne inviável para o infrator manter sua postura de indiferença em relação ao direito alheio, obrigando-o a corrigir sua conduta e respeitar os direitos e a dignidade das pessoas.

REFERÊNCIAS

- AMARANTE, A. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- ANDRADE, A. G. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ANDRADE, R. A. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- BERNARDO, W. O. L. **Dano moral**: critérios de fixação do valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CAHALI, Y. S. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JÚNIOR, H. T. **Dano moral**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.
- LEVADA, C. A. S. **Liquidação de danos morais**. 2. ed. Campinas: Copola, 1997.
- LOPEZ, T. A. **Dano estético**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELO, N. D. **Dano moral - problemática**: do cabimento à fixação do quantum. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001.
- PUSCHEL, F. P. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito GV**, v. 3, nº 2, p. 17-36, jul./dez. 2007.
- REIS, C. **Avaliação do dano moral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- REIS, C. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- REIS, C. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SANTANA, H. V. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n 175, p. 21-40, jul./set. 2007.

SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001.

SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, A. L. M. **O dano moral e sua reparação civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, A. R. da. **Dano moral e irresponsabilidade empresarial**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/3377/dano-moral-e-irresponsabilidade-empresarial>>. Acesso em: 15/11/2011.

SILVA, W. M. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 4, 2008.

ZENUN, A. **Dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.